

DER WIRTSCHAFTLICHE SYSTEM- UND FORTSCHRITTSVERGLEICH

UND DAS UWG

von

KLAUS MLETZKO

1960

DER WIRTSCHAFTLICHE SYSTEM- UND FORTSCHRITTSVERGLEICH
UND DAS UWG

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

KLAUS MLETZKO

Gerichtsreferendar
aus
Elbing/Ostpreußen

1. Berichterstatter: Professor Dr. Horst Bartholomeyczik

2. Berichterstatter: Professor Dr. Alfons Kraft

Tag der mündl. Prüfung: 15. Februar 1968



Gesamtherstellung:

Ditters Bürodienst Mainz

MEINEN ELTERN

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	VI
Rechtsprechungsverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	
I. Werbung und Wettbewerbsrecht	1
II. System- und Fortschrittsvergleich	5
III. Aufgabe der Arbeit	10
1. Teil	
Der wirtschaftliche Systemvergleich und § 1 UWG	11
A. Voraussetzungen für die Anwendung des § 1 UWG	11
I. Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs und Handeln im geschäftlichen Verkehr	11
II. Verstoß gegen die guten Sitten	13
1. Der Begriff der "guten Sitten" im Wettbewerb	13
a) Ethische Bewertung der Wettbewerbshandlungen ..	13
b) Kein Einfluß wirtschaftspolitischer Konzeptionen auf den Sittenbegriff	14
2. Der wirtschaftliche Systemvergleich und das Leistungsprinzip	15
B. Die verbotene vergleichende Werbung	18
I. Konkretisierung der Generalklausel des § 1 UWG durch die Rechtsprechung	18
II. Das Verbot der vergleichenden Werbung	19
1. Terminologie und Abgrenzungen	19
a) Persönliche Werbung	20
b) Anlehrende Werbung	20
c) Kritisierende vergleichende Werbung	20

2.	Der Tatbestand der vergleichenden Werbung	21
a)	Erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber	21
b)	Direkte und indirekte Bezugnahme	22
c)	Ausweitung des Bezugsbereiches	26
d)	Kritik neuerer Ansichten zum Begriff der Bezugnahme	28
e)	Ergebnis	30
3.	Gründe für das Vergleichsverbot in der Werbung ...	30
a)	Richter in eigener Sache	31
b)	Irreführung der Verbraucher	32
c)	Das Hellegold-Motiv	32
4.	Abweichende Meinungen im Schrifttum	32
a)	Markttransparenz als Rechtfertigungsgrund	32
b)	Aushöhlung des Vergleichsverbots durch die Ausnahmefälle	34
c)	Ergebnis	35
C.	Der zulässige wirtschaftliche Systemvergleich	35
I.	Anfängliche Begründung durch die Rechtsprechung	35
1.	Recht auf freie Meinungsäußerung	35
2.	Hinderung der Fortentwicklung von Technik und Wirtschaft	36
3.	Fehlende Bezugnahme	36
II.	Konstruktion als Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung	36
III.	Abgrenzung zur vergleichenden Werbung	37
1.	Keine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber	37
2.	Kritik im Schrifttum	38
3.	Systemvergleich kein Ausnahmetatbestand	39
IV.	Abgrenzung zum Fortschrittsvergleich	40
1.	Verschiedenheit der Tatbestände	40
2.	Unklarheiten in der Rechtsprechung des RG	41
3.	Keine Notwendigkeit der Fortschrittsverdeutlichung beim Systemvergleich	41
4.	Ergebnis	43

V. Voraussetzungen für die Zulässigkeit des wirtschaftlichen Systemvergleichs	43
1. Systemverschiedenheit	43
a) Begrenzung des "Systems"	44
b) Beispiele aus der Rechtsprechung	45
c) Vergleich von Warenarten	46
2. Keine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber ...	47
a) Abweichende Rechtsprechung	47
b) Namentliche Bezeichnung des Mitbewerbers ..	48
c) Indirekte Bezugnahme	48
3. Sachlichkeit und Gegenständlichkeit	49
a) Sachliche Abwägung der Vor- und Nachteile der Systeme	50
b) Persönliche Angriffe gegen Vertreter des anderen Systems	50
c) Unnötige Herabsetzung des Gegensystems ...	50
4. Wahrhaftigkeit	51
a) Unwahre Behauptungen	51
b) Verschweigen von Mängeln des eigenen und Vorzügen des angegriffenen Systems	51
c) Anerkennung einer "subjektiven Färbung" des Systemvergleichs durch die Rechtsprechung ..	51
VI. Zusammenfassung	52

2. Teil

Der wirtschaftliche Fortschrittsvergleich als Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung	53
A. Das Vergleichsverbot und das System der Ausnahmefälle ..	54
I. Schaffung von Ausnahmetatbeständen durch die Rechtsprechung	54
II. Festumrissene Ausnahmetatbestände	54
III. Weitgefaßte, generalklauselartige Ausnahmetatbestände	55
1. "Hinreichende Veranlassung" für den Werbevergleich	55
2. Vergleich in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses	56
IV. Tendenzen in der Rechtsprechung und Kritik im Schrifttum	56

B.	Entwicklung der Rechtsprechung zum Fortschrittsvergleich . . .	57
I.	Rechtsprechung des RG zum uneigentlichen Systemvergleich als Ausgangspunkt	57
1.	Eigentlicher und uneigentlicher Systemvergleich . . .	57
a)	Notwendigkeit der Fortschrittsverdeutlichung . .	58
b)	Fehlende Abgrenzung von System- und Waren- vergleich	58
2.	Unklarheiten im Schrifttum	58
3.	Bedeutung und Würdigung der Rechtsprechung des RG	59
II.	Der technische Fortschrittsvergleich in der Rechtsprechung des BGH	59
1.	Trennung von Systemvergleich und Fortschrittsver- gleich	59
2.	Voraussetzungen für die Zulässigkeit des technischen Fortschrittsvergleichs	61
a)	Technischer Fortschritt	62
b)	Notwendigkeit der Bezugnahme	62
c)	Sachlichkeit und Wahrhaftigkeit des Vergleichs .	62
C.	Anwendung der von der Rechtsprechung des RG und des BGH entwickelten Grundsätze auf den wirtschaftlichen Fortschritts- vergleich	62
I.	Kritik an der Begrenzung auf den technischen Fortschritt .	62
1.	Interessenabwägung	63
2.	Stellungnahme des BKartA und des Schrifttums	65
II.	Der werbemäßig notwendige Vergleich als Oberbegriff . .	66
1.	Hefermehls Definition	67
2.	Vergleichsmöglichkeit für die betroffenen Mitbewerber	67
III.	Der Fortschrittsvergleich als wichtigster Unterfall des wer- bemäßig notwendigen Vergleichs	67
1.	Wirtschaftlicher Fortschritt	67
a)	Die Begriffe "Fortschritt" und "Vorteil"	68
b)	Rationalisierung	68
c)	Wirtschaftlicher als Folge eines technischen Fort- schritts	69
d)	Objektiv feststellbarer Fortschritt	70
e)	Fortschritt und die patentrechtlichen Begriffe der "Neuheit" und "Erfindungshöhe"	70

f)	Auffinden neuer Wege und Möglichkeiten in Produktion und Absatz	70
g)	Abwägung der mit einem erzielten Fortschritt verbundenen Vor- und Nachteile	72
h)	Produktdifferenzierung, modische und ge- schmackliche Verbesserungen	72
2.	Notwendigkeit der Bezugnahme	72
a)	Notwendigkeit und Werbewirksamkeit	73
b)	Notwendigkeit bei direkter und indirekter Be- zugnahme	73
3.	Sachlichkeit und Wahrhaftigkeit des Vergleichs	73
IV.	Zusammenfassung	74

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- | | |
|--------------------|---|
| Alexander-Katz | Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl., Berlin 1933. |
| -- | Die indirekte vergleichende Werbung, WRP 1956, 293 ff. |
| Antoni | Die vergleichende Werbung, BB 1962, 1171 ff. |
| Bartholomeyczik | Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3. Aufl., Frankfurt 1965. |
| Baumbach | Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Berlin 1929. |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Wettbewerbsrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1964. |
| Bergmann | Vergleichende Werbung durch wahrheitsgemäße Kritik, Jur. Diss., Mainz 1966. |
| Borck | Bezugnehmende Werbung, Versuch einer Bestandsaufnahme, WRP 1961, 1 ff., 70 ff. |
| -- | Vergleichende Werbung und kein Ende, WRP 1962, 249 ff. |
| -- | Der vergleichende Warentest in der Werbung, WRP 1963, 149 ff. |
| -- | Mutmaßungen über vergleichende Werbung, Warentests und die weitere Entwicklung, WRP 1965, 199 ff. |
| Brandt | Wettbewerbsrechtliche Zweifelsfragen im Lichte der neueren Rechtsprechung, MA 1954, 741 ff. |
| Brinkmann | Markttransparenz und vergleichende Werbung, WRP 1963, 230 ff. |
| v. Brunn | Gesetze zum Schutz des Verbrauchers, MA 1964, 459 ff. |
| -- | Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern?, WRP 1964, 177 ff. |
| Burhenne | Vergleichende Reklame, NJW 1951, 249 ff. |

- Burmann Leitfaden für Preisgestaltung, Preiswerbung und Preiswettbewerb, Berlin 1966.
- Strukturwandel des Werbe- und Wettbewerbsrechts, WRP 1967, 71 ff.
- Bussmann Wissenschaftliche Arbeiten und Wissenschaftler im Wettbewerb, WRP 1956, 121 ff.
- Unlauterer Wettbewerb bei neuen Werbemethoden, NJW 1952, 684 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.11.1957, GRUR 1958, 345.
- Bussmann-Droste Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951.
- Bussmann-Pietzcker-Kleine Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962.
- Callmann Der unlautere Wettbewerb, Kommentar, 2. Aufl., 1932.
- Coing Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", NJW 1947/48, 213 ff.
- Cyrus Die Grenzen der Zulässigkeit einer Alleinstellungs-
werbung, GRUR 1961, 11 ff.
- Diedrich Der notwendige Vergleich und seine Abgrenzung zum Systemvergleich, Jur.Diss. Köln 1959.
- Döll "Verkaufspreis X % unter Listenpreis" und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1960, 1105 ff.
- Droste, Helmut Das Verbot der bezugnehmenden Werbung und die Ausnahmefälle, GRUR 1951, 140 ff.
- Abwehr im Wettbewerb, WuW 1954, 507 ff.
- Anmerkung zum Urteil des OLG Kassel v. 26.3.1955, WRP 1955, 132.

- Droste, Karl Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, DB 1963, 719 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 9.10.1963, NJW 1964, 818.
- Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, WRP 1964, 65 ff.
- Zum Begriff des "Sittenwidrigen" im Wettbewerb, WRP 1965, 35 ff.
- Eckstein Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen, Köln 1966.
- Ehrlich Die juristische Logik, AcP 115, 125 ff.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960.
- Esser Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 95 ff.
- Feldmann Die "vergleichende Werbung" und § 1 UWG, BB 1963, 673 ff.
- Frey Zur Alleinstellungswerbung, WRP 1962, 65 ff.
- v. Gamm Wettbewerbsrecht, Köln 1964.
- Germann Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965.
- v. Godin-Hoth Wettbewerbsrecht, Kommentar, Berlin 1957.
- Gödde Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, Jur. Diss. Münster 1966.
- Greifelt Wirtschaftliche Gesichtspunkte zur vergleichenden Werbung, WRP 1962, 143 ff.
- Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung und Warentestinstitut, DW 1964, 33 ff.

- Gutenberg Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd.2, Der Absatz, 8. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 1965.
- Haberkorn Zur Zulässigkeit des Firmenzusatzes und Preiszusatzes "Discount", WRP 1966, 393.
- Hartmann Zulässigkeit vergleichender Werbung, NJW 1963, 517 ff.
- Heiseke Werbung mit vergleichenden Warentests, WuW 1967, 19 ff.
- Helle Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, Tübingen 1957.
- Henkel Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964.
- Heydt Anmerkung zu dem Urteil des BGH v. 15.11.1960 (Pfiffikus-Dose), GRUR 1961, 91.
- Hiersemann Warenvertrieb durch "Kaufausweise", WRP 1960, 327 ff.
- Höfer Stellt die Alleinstellungswerbung einen Fall der vergleichenden Werbung dar?, WRP 1961, 206 ff.
- Hoffmann Der Systemvergleich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, GRUR 1940, 129 ff.
- Hubmann Gewerblicher Rechtsschutz, Kurzlehrbuch, München und Berlin 1962.
- Illert Der Preisvergleich mit empfohlenen Endverbraucherpreisen, Köln 1965.
- Ingelmann Zur erkennbaren Bezugnahme bei der vergleichenden Werbung, WRP 1960, 178 ff.
- Jörg Die vergleichende Werbung, Jur.Diss. Freiburg 1966.
- Joetze Die sogenannte "Superlativreklame" in der Dogmatik des Werberechts, Berlin 1962.
- Kirschstein-Segelmann Rationalisierungskartelle und Syndikate, WuW-Schriftenreihe, Heft 6, Düsseldorf 1960.

Knöpfle	Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln 1966.
Koenigs	Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041 ff.
Kohler	Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie, MuW 1916, 127 ff.
Kraft	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München 1963.
Krieger	Ist die vergleichende Werbung zulässig?, BB 1962, 240 ff.
Larenz	Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S.275 ff.
--	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960.
--	Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, Karlsruhe 1965.
--	Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1 ff.
--	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967.
Leo	Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP 1960, 293 ff.
v.Lesigang	Das Verbot der vergleichenden Werbung - Rechtstheoretische und wirtschaftliche Erwägungen, WRP 1962, 283 ff.
Lieb	Die Bedeutung der Bezugnahme für die rechtliche Beurteilung der vergleichenden Werbung, insbesondere für die Differenzierung zwischen System- und Warenvergleich, Jur.Diss. München 1966.
Lobe	Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd.I, Leipzig 1907.

Lobe	Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW 1916, 129 ff.
Lutz	Bundeskartellamt rügt Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, MA 1963, 632.
Markert	Eine Stellungnahme des Bundeskartellamts zur vergleichenden Werbung, NJW 1963, 1525 ff.
Martino	Zur Zulässigkeit vergleichender Werbung mit Preisen, MA 1964, 129 ff.
Meier-Hayoz	Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951.
Mellerowicz	Betriebswirtschaftslehre der Industrie, Bd.I, 3.Aufl., Freiburg 1958.
Metzke	Handlexikon der Philosophie, Heidelberg 1949.
Meyer-Cording	Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 1964, 273 ff., 310 ff.
Möhring	Ist das Recht der Werbung reformbedürftig?, MA 1962, 967 ff.
Moser von Filseck	Zur Frage der vergleichenden Werbung, GRUR 1963, 182 ff.
Müller-Henneberg-Schwartz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2.Aufl., Köln 1963.
Nerretter	Vergleichende Reklame, GRUR 1933, 8 ff.
Nipperdey	Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.
--	Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff.
Pinzger	Die neuere Rechtsprechung in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes, ZAKDR 1937, 273 ff.
Rasmussen	Rationalisierung in Handelsbetrieben, Hann.Münden 1954.
Reimer, Dietrich	Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung, München 1955.

- Reimer, Eduard Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar, 3. Aufl., 1954.
- Rinck Gute Sitten im Wettbewerb, in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, 1961, S. 151 ff.
- Die Markttransparenz. Ein Rechtfertigungsgrund für vergleichende Werbung und Preismeldesysteme, BB 1962, 105 ff.
- Roeper Rationalisierung durch Typenbeschränkung, hrsg. vom RKW, Mainz o. J.
- v. Rützen-Kositzkau Fragen um den Vergleich in der Werbung, WRP 1956, 61 ff.
- Runge Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 1961, 1757.
- Schäfer Stufen der Rationalisierung im Bereich der Absatzwirtschaft, ZfhF 1950, 1 ff.
- Grundlagen der Marktforschung, 4. Aufl., Köln 1966.
- Schönherr Die vergleichende Reklame, GRUR Ausl. 1964, 177 ff.
- Schramm Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.6.1959, GRUR 1959, 491.
- Schwamberger Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 1961, 1185 ff.
- Vergleichende Werbung in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, BB 1961, 1222.
- Schwartz Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333 ff.
- Segelmann Zum Begriff "Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge" in § 5 Abs. 2 GWB, WuW 1964, 3 ff.
- Seubert Die zulässige vergleichende Werbung, BB 1960, 965 ff.
- Simitis Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960.
- Spengler Wettbewerb - Recht und Schranken, Stuttgart 1957.

- Spengler Die vergleichende Werbung als Problem des Wettbewerbsrechts, DW 1960, 75 ff.
- Die wettbewerbsrechtliche Problematik des Warenvergleichs, MA 1962, 283 ff.
- Alleinstellung in der Werbung, DB 1963, 574 ff.
- Spengler-Völz Vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP 1965, 121 ff.
- Tetzner Systemvergleichende Werbung, NJW 1953, 87 ff.
- Superlativwerbung als vergleichende Werbung, NJW 1956, 1900 ff.
- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2. Aufl., 1957.
- Vergleichende Werbung, JZ 1962, 275 ff.
- Die Problematik der Generalklausel des § 1 UWG, NJW 1962, 1087 ff.
- Preisempfehlung und Werbung, WRP 1962, 281 ff.
- Ulmer Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932.
- Anmerkung zum Urteil des RG v. 30.6.1931, JW 1932, 1888 ff.
- Das Wettbewerbsrecht im EWG-Raum, DW 1962, 43 ff.
- Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. I: Vergleichende Darstellung, München 1965.
- Völz Ist das Verbot der vergleichenden Reklame rechtswidrig?, WRP 1960, 197 ff.
- Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP 1961, 135 ff.
- Der Fortschrittsvergleich in der Werbung, BB 1961, 113 ff.

Völp	Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14.7.1961, NJW 1961, 1916 f.
--	OLG Bremen erlaubt vergleichende Werbung, WRP 1962, 25 f.
--	Vergleichende Werbung - erlaubt oder verboten?, GRUR 1962, 178 ff.
--	Vergleichende Warentests, WRP 1963, 109 ff.
Vogt	Kundenfang oder Verbraucheraufklärung, MA 1965, 820 ff.
Weinhold	Typisierung von Konsumgütern, Betriebswirtschaftliche Mitteilungen, Heft 2, Bern 1958.
Wenzel	Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, NJW 1962, 81 ff.
Werner	Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966.

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS

I. Reichsgericht

11. 4.01	VI	443/00		RGZ 48, 114
15.10.12	VII	231/12		RGZ 80, 219
27. 5.24	II	332/23		RGZ 108, 272
11. 3.27	II	321/26	Konsumverein	RGZ 116, 277
14. 6.29	II	584/28	Zwischenhandel	GRUR 1929, 1214 = MuW 1929, 545
12.11.29	II	37/29	Konsumverein-Einzelhandel	MuW 1930, 114
13.12.29	II	157/29	Ramschware	GRUR 1930, 200 = MuW 1930, 121
7. 3.30	II	300/29		MuW 1930, 230
12.12.30	II	172/30	Odol II	RGZ 131, 75 = GRUR 1931, 165
30. 6.31	II	443/30	Kaffee Hag II	GRUR 1931, 986 = MuW 1931, 531
6.10.31	II	495/30	Hellegold	GRUR 1931, 1299 = MuW 1931, 626
20.10.31	II	496/30	Vitaminpräparat	MuW 1932, 20
20.10.31	II	44/31	Barzahlung - Abzahlung	GRUR 1932, 316
15. 1.32	II	226/31	Zugaben	GRUR 1932, 468
19. 2.32	II	271/31	Konsumgenossenschaften	GRUR 1932, 729 = MuW 1932, 229
1. 7.32	II	14/32	Konsumverein- Einzelhandel II	MuW 1932, 448
11.10.32	II	141/32	Brauerei-Maschinen	GRUR 1932, 1201
2.12.32	II	226/32	Gesenkhammer	GRUR 1933, 256 = MuW 1933, 121
7. 7.33	II	18/33	Versicherungsgesellschaften	GRUR 1933, 724
13. 2.34	II	243/33	Bromural	RGZ 143, 362 = GRUR 1934, 322 = MuW 1934, 202
10. 7.34	II	33/34	Sparstift	MuW 1934, 416
9.11.34	II	160/34	Dahmit-Baustein	GRUR 1935, 382 = MuW 1935, 65
27. 3.36	II	229/35	Diamantine	GRUR 1936, 810 = MuW 1937, 34

3.11.36	II	145/36	Kajoka-Pendelverfahren	GRUR 1938, 53
23. 2.37	II	199/36	Rippketta	GRUR 1938, 443 = MuW 1937, 292
9. 3.37	II	236/36	Eri Wapro-Fett	GRUR 1938, 61 = MuW 1937, 295
20. 4.37	II	276/36	Floating Power-Pendelastie	GRUR 1937, 941 = MuW 1937, 377
20. 7.37	II	26/37	Toschi-Eternit	RGZ 156, 1 = GRUR 1938, 527
19.10.37	II	156/37	Persil	GRUR 1938, 207
26. 1.38	II	105/37	Melkfette	GRUR 1938, 533
24. 6.39	II	190/38	Lockenwickler	RGZ 160, 385
20. 9.39	II	47/39	Kondensatableiter	GRUR 1940, 50
11.11.39	II	42/39	Baupfähle	GRUR 1940, 114
21. 2.40	II	114/39	Dextropur-Hälsana	GRUR 1940, 308
4. 3.43	II	122/42	Förderanlagen	GRUR 1943, 252
17. 4.44	II	4/44	Kalkpräparat	GRUR 1944, 154

II. Bundesgerichtshof

26.10.51	I ZR	8/51	Constanze I	BGHZ 3, 270 = GRUR 1952, 410 = NJW 1952, 660
13.11.51	I ZR	44/51	Dauerdose	GRUR 1952, 416 = NJW 1952, 223
8. 4.52	I ZR	80/51	Sprechstunden	GRUR 1952, 582 = DB 1952, 759
20. 5.52	I ZR	168/51	Schlachtergenossenschaft	GRUR 1953, 37 = NJW 1952, 1056
17. 3.53	I ZR	118/52	Fleischbezug	GRUR 1953, 293
12. 3.54	I ZR	201/52	Radschutz-Webstuhlantrieb	GRUR 1954, 334 = BB 1954, 361
3.12.54	I ZR	262/52	Progressive Kundenwerbung	BGHZ 15, 356 = GRUR 1955, 346 = NJW 1955, 377
8. 7.55	I ZR	52/54	Bestattungswerbung	GRUR 1955, 541 = WRP 1955, 206
27. 1.56	I ZR	146/54	Anzeigenblatt	BGHZ 19, 392 = GRUR 1956, 223 = NJW 1956, 588

22. 2.57	I ZR 123/55	Erdstrahlen	GRUR 1957, 360 = WRP 1957, 300
22. 2.57	I ZR 68/56	Suwa	BGHZ 23, 365 = GRUR 1957, 365 = NJW 1957, 748
12.11.57	I ZR 44/56	Bohnergerät	GRUR 1958, 343 = WRP 1958, 206 = BB 1958, 169
28. 2.58	I ZR 185/56	Odol III	GRUR 1958, 485 = WRP 1958, 237 = NJW 1958, 1235
26. 6.59	I ZR 81/58	Konsumgenossenschaft	GRUR 1959, 488 = WRP 1959, 269
26. 2.60	I ZR 166/58	Mampe Halb und Halb	GRUR 1960, 384
29. 3.60	I ZR 145/58	TOK-Band	GRUR 1961, 237
15.11.60	I ZR 58/57	Pfiffikus-Dose	GRUR 1961, 85 = WRP 1961, 43 = BB 1961, 9
14. 7.61	I ZR 40/60	Betonzusatzmittel	GRUR 1962, 45 = WRP 1961, 307 = NJW 1961, 1916
18. 1.63	I ZR 149/61	Wäschestärkemittel	GRUR 1963, 371 = WRP 1963, 129 = NJW 1963, 536
9.10.63	Ib ZR 28/62	Fernsehinterview	BB 1963, 1274 = DB 1963, 1533
30.10.63	Ib ZR 42/62	Bodenbeläge	GRUR 1964, 33 = BB 1963, 1395
10. 6.64	Ib ZR 128/62	20% unter dem Richtpreis	NJW 1964, 2247
9.10.64	Ib ZR 149/62	Gemafreie Schallplatten	GRUR 1965, 309
9.12.64	Ib ZR 24/63	Kaufscheinhandel	DW 1965, 17
26. 2.65	Ib ZR 51/63	Kleenex	BGHZ 43, 278 = NJW 1965, 1325
7. 4.65	Ib ZR 32/63	Markenbenzin	GRUR 1966, 45 = NJW 1965, 1963
6.10.65	Ib ZR 4/64	Patentanmeldung	NJW 1966, 48
15. 6.66	Ib ZR 72/64	Rum-Verschnitt	GRUR 1967, 30
30.11.66	Ib ZR 111/64	Wirtschaftsverband	WRP 1967, 126
15. 3.67	Ib ZR 25/65	Kuppelmuffenverbindung	WRP 1967, 311

III. Oberlandesgerichte

1. OLG Bamberg

20. 3.53 1 W 285/52 Holzschutzmittel GRUR 1953, 255

2. OLG Celle

5. 3.65 3 U 253/64 Holzfurnier BB 1965, 470

3. OLG Düsseldorf

14.12.54 2 U 126/54 Elektrolux GRUR 1955, 427

17. 2.56 2 U 235/55 Feinwaschmittel GRUR 1956, 473

9.10.56 2 U 125/56 Werbeprämien NJW 1957, 187

29. 6.62 2 U 17/61 Kläranlagen GRUR 1964, 36

21.12.62 2 U 113/62 Schalungsträger BB 1963, 250

7. 2.64 2 U 145/63 Gezuckerter Sekt I BB 1964, 446

2. 7.65 2 U 128/64 Gezuckerter Sekt II BB 1965, 1085

4. OLG Hamburg

27. 9.51 3 U 138/51 Schlachtergenossenschaft GRUR 1952, 195

8. 7.53 5 U 5/53 Möbellager GRUR 1953, 533

22.10.59 3 U 42/59 Mehr fürs Geld WRP 1960, 104

5. OLG Koblenz

17. 2.67 2 U 682/65 Warenprobe WRP 1967, 284

6. OLG Köln

20.12.61 6 U 133/61 Bürobedarf GRUR 1962, 102 =

WRP 1962, 130

7. OLG München

28. 2.57 6 U 1914/56 Wandbausteine WRP 1957, 141

20. 2.58 6 U 1893/57 Stapelkarren GRUR 1959, 196 =

WRP 1958, 148

12. 3.59 6 U 2089/58 Käufer-Vereinigung GRUR 1959, 612 =

WRP 1959, 147

26. 7.62 6 U 1158/62 Gemafreie Schallplatten WRP 1963, 163

25. 2.65 6 U 2408/64 Kreditvermittler NJW 1965, 1669

8. OLG Nürnberg

15.12.55	3 U 320/55	Fliegender Pelzhandel	WRP 1956, 129
30. 5.67	3 U 46/67	Verbandsklage	WRP 1967, 412

9. OLG Stuttgart

11. 2.54	3 U 222/52	Gütermann's Nähseide	GRUR 1955, 50
19.12.56	4 U 144/56	Lebensmittelgroßhändler	DW 1957, 22

IV. Landgerichte

1. LG Bochum

14.12.55	9 HQ 15/55	Elektrogeräte	DW 1956, 97
----------	------------	---------------	-------------

2. LG Düsseldorf

26. 5.59	4 Q 50/59	Selbstansaugevorrichtung	GRUR 1960, 298
6. 8.63	4 O 74/62	Rum-Verschnitt	BB 1964, 105

3. LG Duisburg

3. 8.62	11 Q 25/62	Discounthaus	DW 1963, 23
---------	------------	--------------	-------------

4. LG Hamburg

27. 1.54	15 O 223/53	Steinhäger	GRUR 1956, 423
----------	-------------	------------	----------------

5. LG Heidelberg

11. 2.63	Q 2/63	Discountpreis	DW 1963, 22
----------	--------	---------------	-------------

6. LG Karlsruhe

12. 4.67	O 33/67 KfH I	Kugelschreiber	DW 1967, 39
----------	---------------	----------------	-------------

7. LG Kassel

2. 2.67	9 Q 19/66	Qualitätskleidung	WRP 1967, 289
---------	-----------	-------------------	---------------

8. LG Lübeck

7. 9.54	8 Q 17/54	Konsumgenossenschaften	GRUR 1955, 439
---------	-----------	------------------------	----------------

9. LG Stuttgart

26. 2.53 1 KfH O 132/52 Beliebteste deutsche
Zeitschrift GRUR 1955, 54

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Allg.	Allgemeine Grundlagen
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DW	Der Wettbewerb, Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.
EA	Einigungsamt
Einl.	Einleitung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
Gem.Komm.	Gemeinschaftskommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
IHK	Industrie- und Handelskammer
insbes.	insbesondere
Jur.Diss.	Juristische Dissertation
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKW	Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
Wbr	Wettbewerbsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
zust.	zustimmend

EINLEITUNG

I. WERBUNG UND WETTBEWERBSRECHT

1. Im modernen Wettbewerbskampf stellt die Wirtschaftswerbung eines der wirksamsten Mittel zur Steigerung des eigenen Absatzes auf Kosten der Mitbewerber dar. Da das Warenangebot für den Verbraucher auf vielen Gebieten unübersehbar geworden ist, hat sich die Werbung zu einem unentbehrlichen Bindeglied zwischen Erzeuger und Konsument entwickelt. Die Unternehmen haben die Bedeutung der Werbung für die Steigerung des Warenabsatzes schon frühzeitig erkannt und ihre Werbeaufwendungen ständig erhöht (1). Besonders die Werbung durch Massenmedien wie Presse, Rundfunk, Film und Fernsehen hat in den letzten Jahrzehnten einen ungeahnten Aufschwung genommen. Hier werden Werbeaussagen mit starker Ausstrahlungskraft über weite Entfernungen hinweg verbreitet, und der Kunde wird durch Ersinnen immer neuer Werbemöglichkeiten psychologisch beeinflusst und in seinen Kaufentschlüssen gelenkt.

2. Angesichts der außerordentlichen Wirksamkeit der modernen Werbung und der damit verbundenen Gefahr des Mißbrauchs der Werbefreiheit durch unlautere Werbemethoden ist es eine Aufgabe der Rechtsordnung, sowohl die Interessen der betroffenen Mitbewerber als auch diejenigen der Verbraucher zu schützen und die Grenzen des lauterer Wettbewerbs klar zu bestimmen. Zulässigkeit und Grenzen der einzelnen Werbemaßnahmen bestimmen sich nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, das auch im Bereich der Werbung ein lauterer Verhalten der Wettbewerber untereinander gewährleisten will. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Werbemaßnahme noch als zulässig oder als unlauter und damit unzulässig anzusehen ist, kommt der Generalklausel des Wettbewerbsrechts, § 1 UWG, die größte Bedeutung zu. Nach dieser Vorschrift kann derjenige auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, der Wettbewerbshandlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen. Bei Zweifeln an der Zu-

(1) Vgl. die internationale Zusammenstellung über die Höhe der Werbeaufwendungen in den bedeutendsten Industriestaaten der Erde in MA 1966, 59. Hiernach beträgt der Anteil der Werbeaufwendungen am Volkseinkommen z.B. in den USA 1,8%, in Großbritannien 1,5% und in Deutschland 1,3%.

lässigkeit einer Werbemaßnahme ist also stets zu prüfen, ob der Werbende gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßen hat.

Durch die Bekämpfung unlauterer Methoden auf dem Gebiet der Werbung werden in erster Linie die Individualinteressen der betroffenen Mitbewerber geschützt (2). Es ist jedoch in der Rechtslehre (3) schon früh darauf hingewiesen worden, daß es eine wichtige Aufgabe des Wettbewerbsrechts sei, für die Sauberkeit des Reklamewesens zu sorgen.

Heute ist allgemein anerkannt (4), daß die Verfolgung unlauteren Wettbewerbs neben dem Schutz der betroffenen Mitbewerber mittelbar auch dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung eines ehrlichen, lauten und in der Form würdigen Wettbewerbs dient (5). Auch der Gesetzgeber hat dem Gedanken des Schutzes der Allgemeinheit vor Wettbewerbsverstößen Rechnung getragen, indem er durch die 1965 in das UWG neu eingefügte Bestimmung des § 13 Abs. 1 a den Verbraucherverbänden die Klagebefugnis eingeräumt hat.

3. Da es Sinn und Zweck der Werbung ist, den Absatz der eigenen Waren auf Kosten der Mitbewerber zu fördern, bemüht sich jeder Kaufmann, dem Kunden die Vorzüge seiner Waren und Leistungen besonders deutlich vor Augen zu führen. Eine solche Anpreisung der Güte der eigenen Ware ist als ein Mittel des Leistungswettbewerbs grundsätzlich zulässig. Die Werbung soll also, wie es in einer Bekanntmachung des früheren Werberats der deutschen Wirtschaft (6)

-
- (2) Der Individualschutz der einzelnen Mitbewerber wurde ursprünglich als der alleinige Zweck des Wettbewerbsrechts angesehen, vgl. z.B. Lobe, Bd. I, S. 12; Baumbach, Kommentar zum Wbr, S. 128.
 - (3) Ulmer, JW 1932, 1888 (1890); ders., Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, S. 32.
 - (4) H. M. in Rechtsprechung und Schrifttum, vgl. z.B. RG, MuW 1930, 231; RG, GRUR 1936, 810 (812); RGZ 160, 388; BGH, GRUR 1955, 542; BGHZ 23, 365 (373); BGHZ 43, 278 (282); BGH, GRUR 1966, 45 (46); Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 34, 35; Ulmer, Unlauterer Wettbewerb, Bd. I, EWG, S. 48 f.; Burmann, WRP 1967, 71 ff.; Schwartz, GRUR 1967, 333 ff.
 - (5) Dieser Gedanke ist schon von Kohler, MuW 1916, 127 (128) klar herausgearbeitet worden.
 - (6) Der Werberat, der von 1933-1945 das gesamte deutsche Werbewesen beaufsichtigte, wurde 1945 aufgehoben. Über die Nachwirkung seiner Anordnungen, die heute nur noch als Erkenntnisgrundlagen dienen können, vgl. Bussmann-Droste, aaO., S. 21 ff.

heißt, "in sachlicher Beweisführung die Vorteile der eigenen Leistung hervorheben".

a) Schon immer sind jedoch Kaufleute der Versuchung erlegen, den Kunden dadurch unsachlich zu beeinflussen, daß sie einen Vergleich ihrer eigenen Erzeugnisse mit denen eines bestimmten Konkurrenten anstellen und dabei die Person oder Ware des Mitbewerbers herabsetzen. Von einer solchen bezugnehmenden Werbung versprechen sie sich nicht zu Unrecht eine besonders nachhaltige Wirkung auf das Publikum, da vor dem Hintergrund der angeblich minderwertigen Leistung des Mitbewerbers die Güte und Überlegenheit der eigenen Produkte eindrucksvoll herausgestellt werden kann. Daß eine solche Bezugnahme auf den Mitbewerber und dessen Herabsetzung mit den Gepflogenheiten eines anständigen Geschäftsverkehrs nicht zu vereinbaren ist, wurde nicht erst durch die Kodifizierung des Wettbewerbsrechts und die Rechtsprechung festgelegt, sondern läßt sich als ein in der Anschauung des ehrbaren Kaufmanns fest verankerter Grundsatz sehr weit zurückverfolgen. Schon in den Zunftordnungen des Mittelalters finden sich zahlreiche Vorschriften, die einen Vergleich von Waren oder Leistungen unter Herabsetzung des Mitbewerbers verbieten (7). Diese in alten Ordnungen angedeuteten Grundlinien finden sich auch in der modernen Rechtsprechung wieder. Aufbauend auf den Erkenntnissen der beiden Altmeister des deutschen Wettbewerbsrechts, Kohler (8) und Lobe (9), haben das RG und der BGH (10) die vergleichende Werbung (11) für in der Regel sittenwidrig und damit unzulässig erklärt.

b) Diese höchstrichterliche Rechtsprechung wird in jüngster Zeit von einem Teil der Rechtslehre (12), der sich für die grundsätzliche Zulässigkeit der ver-

- (7) Vgl. die Beispiele aus historischen Quellen bei Bussmann-Droste, aaO., S.49.
- (8) Kohler, Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie, MuW 1916, 127.
- (9) Lobe, Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW 1916, 129.
- (10) RG, GRUR 1931, 1299 (Hellegold); seitdem st.Rspr. des RG, vgl. die bei D.Reimer, S.21 Fußn.59, angegebenen Entsch.; BGH, GRUR 1952, 416; st.Rspr., zuletzt klar BGH, BB 1963, 1274.
- (11) Zur Terminologie vgl. unten S. 19 ff.
- (12) Vgl. Burhenne, NJW 1951, 249; Völz, WRP 1960, 197; ders., WRP 1961, 135; ders., BB 1961, 113; ders., NJW 1961, 1916; ders., WRP 1962, 25;

gleichenden Werbung einsetzt, stark kritisiert. Gleichwohl halten Rechtsprechung und die überwiegende Meinung im Schrifttum (13) für den Regelfall am Verbot der vergleichenden Werbung fest. Um jedoch die Mitbewerber nicht erheblich zu behindern und um den freien Leistungswettbewerb nicht übermäßig zu beeinträchtigen, werden von dem starren Verbot des Werbevergleichs, das sich auch in der Praxis nicht durchführen ließe, Ausnahmen zugelassen.

ders., GRUR 1962, 178; Spengler-Völp, WRP 1965, 125; Schwamberger, NJW 1961, 1185; ders., BB 1961, 1222; Koenigs, NJW 1961, 1044; Wenzel, NJW 1962, 81; Rinck, BB 1962, 105; Tetzner, JZ 1962, 275; ders., NJW 1962, 1087; v.Lesigang, WRP 1962, 283; Antoni, BB 1962, 1171; Hartmann, NJW 1963, 517; Feldmann, BB 1963, 673; Brinkmann, WRP 1963, 230 ff.; Markert, NJW 1963, 1525; Schönherr, GRUR Ausl. 1964, 195; K.Droste, DB 1963, 719; ders., NJW 1964, 818; Bergmann, aaO., S. 91 ff.; Jörg, aaO., S.31 ff.; Gödde, aaO., S.138.

- (13) Vgl. E.Reimer, Kap.78 Anm.11; v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.30; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S.51; Hubmann, aaO., S.251; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.37; H.Droste, GRUR 1951, 141; Leo, WRP 1960, 293; Spengler, DW 1960, 75; ders., MA 1962, 283; ders., DB 1963, 576; ders., WRP 1965, 121; Borck, WRP 1961, 1 ff., 70 ff.; ders., WRP 1962, 249; Runge, NJW 1961, 1757; Frey, WRP 1962, 71; Krieger, BB 1962, 240; Greifelt, WRP 1962, 143; ders., DW 1964, 34; Möhring, MA 1962, 969; Moser von Filseck, GRUR 1963, 182; Lutz, MA 1963, 632; Martino, MA 1964, 129; v.Brunn, WRP 1964, 177; ders., MA 1964, 462; Vogt, MA 1965, 820; v.Gamm, aaO., S.77; Kraft, aaO., S.225 ff.; Illert, aaO., S.60 ff.; Lieb, aaO., S.165.

II. SYSTEM- UND FORTSCHRITTSVERGLEICH

Als Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Werbung werden von der Rechtsprechung (14) und einem Teil der Rechtslehre (15) unter anderem der System- und der Fortschrittsvergleich angesehen.

1. Der Slogan eines Kaufmanns "Barkauf ist doch vorteilhafter" oder der Werbespruch "Fachmännische und individuelle Beratung beim Einzelhändler" sollen, obwohl sie unausgesprochen Vergleiche enthalten, als Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Werbung zulässig sein. Werbemaßnahmen dieser Art werden unter den systematischen Begriff (16) "Systemvergleich" eingeordnet.

-
- (14) Die Rechtsprechung schwankt bei der Beurteilung des Systemvergleichs. In einigen Entscheidungen wird ausgeführt, der Systemvergleich sei keine Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung. Vgl. z.B. RG, GRUR 1938, 443 (445); GRUR 1944, 154 (155); BGH, GRUR 1952, 416 (417). - Andere Entscheidungen lassen den Systemvergleich als Ausnahmetatbestand erscheinen, vgl. z.B. RG, GRUR 1933, 256 (258); GRUR 1937, 941 (946); GRUR 1938, 527 (532) = RGZ 156, 1 (8); OLG München, GRUR 1959, 196; BGH, GRUR 1963, 371 (374); BGH, WRP 1967, 311 (313). Der Fortschrittsvergleich wird eindeutig als Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung gekennzeichnet in BGH, GRUR 1961, 85 (90). Neuerdings jedoch wieder unklar BGH, WRP 1967, 311 (313).
- (15) Die dogmatische Einordnung des Systemvergleichs ist im Schrifttum umstritten. Der Systemvergleich ist kein Ausnahmetatbestand nach: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 34, 45; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 54; H. Droste, WuW 1954, 519; ders., WRP 1955, 132; D. Reimer, aaO., S. 70, 88; Spengler, DW 1960, 75 (76); Cyrus, GRUR 1961, 18 Fußn. 81; Borek, WRP 1961, 76; Jörg, aaO., S. 27.
- Als Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung sehen den Systemvergleich an: H. Droste, GRUR 1951, 140 (142); Brandt, MA 1954, 741 (752); Tetzner, NJW 1953, 87 (88); Spengler, aaO., S. 143; Helle, aaO., S. 62; Schramm, GRUR 1959, 491; Seubert, BB 1960, 965 (966); Wenzel, NJW 1962, 81 (82); Kraft, aaO., S. 226; Ulmer, Unlauterer Wettbewerb, Bd. I, EWG, S. 127; Bergmann, aaO., S. 173; Gödde, aaO., S. 56. Der Fortschrittsvergleich wird im Schrifttum allgemein als Ausnahmetatbestand betrachtet. Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 38, 51, 52.

Dieser Begriff entstammt nicht der Werbepraxis, sondern ist vom Reichsgericht im Verlaufe einer längeren Rechtsprechung geschaffen worden. Unter Systemvergleich versteht man eine von der Werbung für eine bestimmte Ware unabhängige abstrakte Gegenüberstellung verschiedener wirtschaftlicher oder technischer Möglichkeiten, die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges bestehen, wobei die Vorteile und Nachteile der verschiedenen Systeme erörtert werden (17). Entscheidend ist, daß bei dieser vergleichenden Gegenüberstellung von Systemen zu Werbezwecken eine Bezugnahme auf einen bestimmten Mitbewerber und dessen Ware nicht erfolgt.

a) Aus der Definition des Systemvergleichs ergibt sich, daß er sowohl auf wirtschaftlichem wie auf technischem Gebiet Anwendung finden kann. Im Verlaufe dieser Arbeit soll besonders die Zulässigkeit des Vergleichs von Wirtschaftssystemen untersucht werden. Diese Fälle des Systemvergleichs werden im folgenden kurz unter dem Begriff "wirtschaftlicher Systemvergleich" zusammengefaßt.

Was unter einem wirtschaftlichen Systemvergleich zu verstehen ist, kann am besten anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden. Ein in der Rechtsprechung häufig behandelter Fall ist der Vergleich des privaten Einzelhandels mit dem Genossenschaftssystem (18), z.B. Erörterung der Vorteile der Konsumgenossenschaften gegenüber dem gewöhnlichen Einzelhandel (19) oder Vergleich des Systems der Einkaufsgenossenschaften mit dem Groß- und Einzelhandel (20). Weitere Beispiele sind: Vergleich zweier Verkaufssysteme mit und ohne Zugaben (21), Vergleich des Barverkaufs- mit dem Abzahlungs- oder Kredit-system (22) (bekannter Werbespruch: "Barkauf ist doch vorteilhafter!"), sowie Vergleich des Versandhandels mit dem ortsfesten Laden-Einzelhandel (23).

(16) Zum systematischen Begriff vgl. Ehrlich, AcP 115, 125 (382-386).

(17) Definition in Anlehnung an D.Reimer, aaO., S.70 und Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.41. D.Reimer zählt als dritte Möglichkeit auch den Vergleich von Warenarten zum Systemvergleich. Krit. hierzu Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.40, 42. Vgl. auch unten S. 46 f.

(18) RG, MuW 1929, 545; 1932, 229; BGH, GRUR 1953, 37.

(19) RG, MuW 1930, 114; 1932, 448; LG Lübeck, GRUR 1955, 439.

(20) OLG Stuttgart, DW 1957, 22; vgl. auch DW 1957, 69, 84.

(21) RG, GRUR 1932, 468.

(22) RG, GRUR 1932, 316 (317).

(23) LG Bochum, DW 1956, 97; EA bei der IHK München, WRP 1957, 362.

Neben dem wirtschaftlichen Systemvergleich gibt es den großen Anwendungsbereich des Systemvergleichs auf dem Gebiet der Technik. Bei dem technischen Systemvergleich werden verschiedene technische Verfahren oder Arbeitsweisen, die zur Erreichung eines bestimmten technischen Erfolges dienen, einander gegenübergestellt. - Als einfache Beispiele seien genannt: Vergleich der Ölheizung mit Kohlenheizung (24), Schilderung der Vorteile eines Selbstbedienungswaschsalons gegenüber einer normalen Wäscherei (25) und Vergleich der Verpackung von Bohnerwachs in einer neuartigen Klarsichtpackung mit der herkömmlichen Art der Verpackung in Dosen (26).

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß hier ein bestimmter technischer Erfolg, das Heizen, Wäschewaschen oder die Verpackung von Bohnerwachs, auf verschiedene Weise erreicht werden kann und daß die technischen Möglichkeiten zu Werbezwecken miteinander verglichen werden. Neben den hier aufgezählten einfachen Anwendungsmöglichkeiten gibt es zahlreiche Fälle des technischen Systemvergleichs, die so komplizierte Probleme aus allen Gebieten der Technik enthalten, daß sie auch von den Gerichten nur mit Hilfe umfangreicher Fachgutachten entschieden werden können (27).

b) In der Rechtsprechung wird eine Unterteilung in einen wirtschaftlichen und technischen Systemvergleich nicht vorgenommen. Sie unterscheidet vielmehr einen eigentlichen und uneigentlichen (28), oder wie es in einer neueren Entscheidung des BGH heißt, echten und unechten Systemvergleich (29).

Der Begriff des eigentlichen Systemvergleichs deckt sich mit der oben gegebenen Definition des Systemvergleichs im allgemeinen. Er bezeichnet also die abstrakte Gegenüberstellung zweier wirtschaftlicher oder technischer Systeme ohne Werbung für eine bestimmte Ware.

Demgegenüber wird beim uneigentlichen Systemvergleich für ein bestimmtes Erzeugnis geworben, wobei die besondere technische Ausgestaltung und Arbeitsweise dieses Erzeugnisses mit den technischen Möglichkeiten ande-

(24) DW 1957, 44.

(25) DW 1963, 41.

(26) DW 1956, 87.

(27) Vgl. z.B. BGH, GRUR 1961, 237 (TOK-Band).

(28) RG, GRUR 1937, 941 (945); BGH, GRUR 1952, 416 (417).

(29) BGH, GRUR 1961, 237 (240).

rer Warengattungen verglichen wird (30). Auch beim uneigentlichen Systemvergleich darf jedoch grundsätzlich nicht auf einen bestimmten Mitbewerber und dessen Ware Bezug genommen werden (31).

Beispiele für einen uneigentlichen Systemvergleich sind: Vergleich einer zum Einkochen bestimmten neuartigen Aluminiumdose (vom Hersteller "Dauerdose" genannt) mit den bisher zum Einkochen verwendeten Blechdosen (32); Anpreisung der Vorteile des neuen Produktes "XY-Rasierschaum aus der Sprühdose" gegenüber der anderen Möglichkeit, Rasierschaum mit Hilfe von Rasierpinseln zu erzeugen (33). Schließlich wird auch der Vergleich von Warenarten (34) von der Rechtsprechung als uneigentlicher Systemvergleich bezeichnet, z.B. Gegenüberstellung eines bestimmten Markensekts, der ohne den sonst üblichen Zusatz von Zucker hergestellt wird, mit dem gewöhnlichen "gezuckerten Sekt" (35). Die Beispiele zeigen, daß der uneigentliche Systemvergleich vor allem auf dem Gebiet der Technik und beim Vergleich von Warenarten eine Rolle spielt. Für die vorliegende Arbeit ist jedoch eine bestimmte Gruppe von Entscheidungen zum uneigentlichen Systemvergleich von grundsätzlicher Bedeutung bei der Untersuchung des Fortschrittsvergleichs.

2. Ein Fortschrittsvergleich, der als weitere Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung angesehen wird, liegt beispielsweise dann vor, wenn in einem Werbespruch die Vorzüge einer neuartigen Klebstoff-Dose, die ohne weitere Zubehörteile eine Verkrustung und Verfärbung des Leims verhindert, gegenüber einer älteren Dose, die denselben Effekt nur mit Hilfe eines besonderen "Sparringes" erzielt, dargestellt werden (36). Der Begriff des Fortschrittsvergleichs, der einen bestimmten Ausnahmefall vom Verbot der vergleichenden Werbung kennzeichnet, taucht erst in neuerer Zeit in der Rechtsprechung(37)

(30) BGH, GRUR 1952, 416 (417).

(31) Die Rechtsprechung hat jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen. Vgl. z.B. RGZ 156, 1 ff. (Toschi-Eternit). Zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. unten S. 47 und 58.

(32) BGH, GRUR 1952, 416 (Dauerdose).

(33) DW 1966, 9.

(34) Vgl. hierzu Fußn. 17.

(35) OLG Düsseldorf, BB 1965, 1085.

(36) BGH, GRUR 1961, 85, 90 (Pffiffikus-Dose).

(37) BGH, GRUR 1961, 85 (90).

und im Schrifttum (38) auf. Die Terminologie ist hier keineswegs einheitlich, wie ein Blick in das Schrifttum beweist. Neben der Bezeichnung "Fortschrittsvergleich" finden sich die Begriffe "notwendiger Vergleich" (39) oder, ausführlicher, "zur Fortschrittsverdeutlichung notwendiger Vergleich" (40). Aber auch die Ausdrücke "Neuheitsvergleich" (41) und "technisch notwendiger Vergleich" (42) werden verwendet.

Alle diese Bezeichnungen lassen schon erkennen, worauf es bei dieser ausnahmsweise erlaubten Werbemaßnahme ankommt. Ein Fortschrittsvergleich liegt dann vor, wenn ein Hersteller sein eigenes Erzeugnis mit der Ware eines bestimmten Mitbewerbers vergleicht und diese Gegenüberstellung ausnahmsweise zulässig ist, weil sie "der Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden technischen Fortschritts dient und sich im Rahmen des unbedingt Notwendigen hält". Da diese Definition der Rechtsprechung nur den technischen Fortschritt umfaßt, können die hierzu ergangenen Entscheidungen (43) entsprechend der Einteilung beim Systemvergleich unter der Bezeichnung "technischer Fortschrittsvergleich" zusammengefaßt werden. Er ist bisher von der Rechtsprechung nur auf dem Gebiet der Technik anerkannt worden (44).

Dagegen ist die Frage, ob auch der Fortschrittsvergleich auf wirtschaftlichem Gebiet als Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung zugelassen werden sollte, bisher nur angedeutet worden (45).

-
- (38) Vgl. z.B. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.38, 51, 52; Heydt, GRUR 1961, 91 (92); Völp, BB 1961, 113; Wenzel, NJW 1962, 81 (82); Jörg, aaO., S.23.
- (39) H.Droste, GRUR 1951, 140 ff.; Spengler, DW 1960, 75 (76); Gödde, aaO., S.38.
- (40) D.Reimer, aaO., S.144.
- (41) Burhenne, NJW 1951, 249 (252); Seubert, BB 1960, 965 ff.
- (42) Bussmann-Pietzcker-Kleine, S.53; Bussmann, GRUR 1958, 345; Schönherr, GRUR Ausl. 1964, 180.
- (43) BGH, GRUR 1958, 343 (345); BGH, GRUR 1961, 85 (90).
- (44) Vgl. die in Fußn.43 zitierten Entscheidungen.
- (45) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.51; Völp, BB 1961, 113; Cyrus, GRUR 1961, 19; Wenzel, NJW 1962, 83; Moser von Filseck, GRUR 1963, 185; Illert, aaO., S.68.
- Vgl. auch BKartA, Beschluß v. 18.3.1963, DB 1963, 579 (581).

III. AUFGABE DER ARBEIT

1. Vor allem der Systemvergleich hat - wie sich schon aus der großen Zahl der veröffentlichten Entscheidungen ergibt - eine erhebliche praktische Bedeutung erlangt. In vielen Wettbewerbsprozessen, in denen ein Gewerbetreibender wegen verbotener vergleichender Werbung in Anspruch genommen wird, wendet dieser zunächst ein, im vorliegenden Fall habe es sich nicht um einen verbotenen Warenvergleich, sondern um einen erlaubten Systemvergleich gehandelt. Hier deutet sich schon die Möglichkeit des Mißbrauchs dieses von der Rechtsprechung geschaffenen Ausnahmetatbestandes an.

Ziel des ersten Teils der vorliegenden Arbeit ist es, dieser Gefahr durch eine eingehende Untersuchung der Grenzen der Zulässigkeit des wirtschaftlichen Systemvergleichs zu begegnen. Hierüber bestehen in Rechtsprechung und Schrifttum viele Unklarheiten (46). Dies macht es erforderlich, den wirtschaftlichen Systemvergleich dogmatisch genau einzuordnen. Es werden hierbei die von Rechtsprechung und Schrifttum herausgearbeiteten Grundsätze zum Verbot der vergleichenden Werbung zugrunde gelegt.

2. Im zweiten Teil der Arbeit soll die bereits aufgeworfene Frage erörtert werden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Fortschrittsvergleich auch auf wirtschaftlichem Gebiet als Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung anzuerkennen ist. Insbesondere soll versucht werden, die bis heute noch nicht klar gezogene Grenze zwischen System- und Fortschrittsvergleich zu bestimmen.

(46) Vgl. die oben auf S.5 in Fußn.14 angegebenen, einander widersprechenden Entscheidungen sowie die in Fußn.15 zitierten gegensätzlichen Stimmen aus dem Schrifttum.

1. Teil

DER WIRTSCHAFTLICHE SYSTEMVERGLEICH UND § 1 UWG

A. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ANWENDUNG DES § 1 UWG

Ein Verbot des wirtschaftlichen Systemvergleichs nach § 1 UWG setzt voraus, daß diese Werbemaßnahme im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommen wird und gegen die guten Sitten verstößt.

I. HANDELN ZU ZWECKEN DES WETTBEWERBS UND HANDELN IM GESCHÄFTLICHEN VERKEHR

1. Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs ist nach ständiger Rechtsprechung (1) in objektiver Beziehung ein Verhalten, das äußerlich geeignet ist, den Absatz der eigenen Waren zu fördern und den der Mitbewerber zu beeinträchtigen. In subjektiver Hinsicht erfordert eine Wettbewerbshandlung die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern (2).

Der wirtschaftliche Systemvergleich verfolgt als Werbemaßnahme den Zweck, durch die vergleichende Gegenüberstellung zweier Wirtschaftssysteme den Kunden von den Vorteilen des angepriesenen Systems, die sich z.B. in niedrigeren Preisen ausdrücken können, und von den Nachteilen des kritisierten Systems zu überzeugen. Letztlich soll also der Umworbene zum Kauf bei dem Vertreter des als vorteilhafter bezeichneten Systems veranlaßt werden, wodurch sich der Absatz des Werbenden auf Kosten der Konkurrenten, die Anhänger des anderen Systems sind, erhöht. Ein wirtschaftlicher Systemvergleich in der Werbung erfüllt demnach in aller Regel in objektiver wie in subjektiver Hinsicht die Voraussetzungen einer Wettbewerbshandlung. Eine abweichende Beurteilung ist lediglich in seltenen Ausnahmefällen geboten, so z.B. wenn der Systemvergleich zu rein wissenschaftlichen Zwecken vorgenommen wird (3)

(1) BGH, GRUR 1953, 293 (294); GRUR 1959, 489; GRUR 1960, 384 (386).

(2) BGHZ 3, 277; 19, 393 und die in Fußn.1 angegebenen Entscheidungen.

(3) Rein wissenschaftliche oder fachliche Äußerungen sind keine Wettbewerbshandlungen, auch wenn sie sich für die Mitbewerber günstig oder ungünstig auswirken. Vgl. hierzu RG, MuW 1932, 20 (22); BGH, GRUR 1957,

oder von einer anerkannt neutralen Stelle als Test zur Aufklärung der Verbraucher veröffentlicht wird (4).

2. Die zweite Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1 UWG ist, daß der wirtschaftliche Systemvergleich im geschäftlichen Verkehr erfolgt. Als Handeln im geschäftlichen Verkehr ist nach der Rechtsprechung (5) jede der Förderung eines Geschäftszwecks dienende Tätigkeit mit Zielrichtung und Wirkung nach außen im Gegensatz zu einer rein privaten oder amtlichen Betätigung anzusehen. Da der Vergleich von Wirtschaftssystemen als Werbemaßnahme sich an den Kunden richtet, somit nach außen wirkt und der Förderung von Geschäftszwecken dient, ist in der Regel ein Handeln im geschäftlichen Verkehr anzunehmen.

In seltenen Grenzfällen kann jedoch auch bei einem wirtschaftlichen Systemvergleich die Frage, ob ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliegt, problematisch werden. So hatte der BGH (6) folgenden Fall zu entscheiden: In der Mitgliederversammlung einer Konsumgenossenschaft hatten die Geschäftsführer die Preise des örtlichen Konsumladens mit denen der ortsansässigen Einzelhandelsgeschäfte verglichen und den versammelten Mitgliedern die Vorteile und niedrigeren Preise des Konsumladens vor Augen geführt. Die beklagte Konsumgenossenschaft, die wegen unzulässiger vergleichender Werbung verurteilt wurde (7), hatte unter anderem geltend gemacht, die beanstandeten Ausführungen seien nicht im geschäftlichen Verkehr gemacht worden, da

360 (361); LG Düsseldorf, GRUR 1960, 298 (299); Bußmann, WRP 1956, 125; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.161.

- (4) Der Systemvergleich muß in diesem Fall ebenso wie der Warentest den Anforderungen der Neutralität und Objektivität entsprechen; vgl. Heiseke, WuW 1967, 25.

Zur Frage der Zulässigkeit vergleichender Warentests vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.66 ff.; Völp, WRP 1963, 109; Borck, WRP 1963, 149; ders. WRP 1965, 199 (201), jeweils mit weiteren Hinweisen.

- (5) RGZ 108, 274 zu § 16 UWG; BGH, GRUR 1953, 294; GRUR 1959, 489; GRUR 1960, 386; DB 1963, 1533; vgl. auch v. Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.11 b; Tetzner, § 1 UWG Anm.23.
- (6) BGH, GRUR 1959, 488.
- (7) In diesem Fall war der wirtschaftliche Systemvergleich zwischen Konsumgenossenschaft und Einzelhandel nach § 1 UWG unzulässig, da eine erkennbare Bezugnahme auf die örtlichen Mitbewerber vorlag. Vgl. hierzu im einzelnen unten S. 49.

es sich um interne Mitteilungen (8) auf einer geschlossenen Mitgliederversammlung gehandelt habe. Der BGH hat jedoch ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Recht bejaht, indem er ausführte, daß der Zweck der Äußerungen entscheidend sei, nicht jedoch der Umstand, daß die Äußerungen auf einer geschlossenen Mitgliederversammlung gefallen seien. Die Genossenschaft habe versucht, durch Einflußnahme auf ihre Mitglieder im Wettbewerb mit dem örtlichen Einzelhandel Vorteile für sich zu erlangen oder Nachteile wie das Abwandern von Mitgliedern zu den Einzelhandelsgeschäften von sich abzuwenden.

Damit habe sie überwiegend geschäftliche Zwecke verfolgt und sich somit auch auf einer internen Veranstaltung im geschäftlichen Verkehr bewegt (9).

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß bei einem wirtschaftlichen Systemvergleich zu Werbezwecken in der Regel die nach § 1 UWG erforderlichen Voraussetzungen des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs und des Handelns im geschäftlichen Verkehr gegeben sind.

II. VERSTOSS GEGEN DIE GUTEN SITTEN

1. Die Beantwortung der Frage, ob ein wirtschaftlicher Systemvergleich auch das Tatbestandsmerkmal "Verstoß gegen die guten Sitten" erfüllt, setzt zunächst voraus, daß der Begriff der guten Sitten im Wettbewerbsrecht kurz erläutert wird (10).

a) Die Generalklausel des § 1 UWG ist in ihrem Kern "ethisch fundiert" (11). Es ist also bei der Prüfung der Unlauterkeit einer Werbemaßnahme auf den

(8) Zur Frage, wann betriebsinterne Mitteilungen als Handlungen im geschäftlichen Verkehr anzusehen sind, vgl. E.Reimer, Kap.75 Anm.2; v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.11 b; Baumbach-Hefermehl, Einl.UWG,

(9) BGH, GRUR 1959, 489. /Anm.141.

(10) Eine ausführliche Erörterung des Begriffs der guten Sitten, besonders die Abgrenzung von den Begriffen der Moral und der Sittlichkeit kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Vgl. hierzu eingehend Callmann, aaO., S.47 ff.; Kraft, aaO., S.101 ff.; K.Droste, DB 1963, 719; ders., WRP 1964, 65; ders., WRP 1965, 35; Meyer-Cording, JZ 1964, 273, 310, jeweils mit weiteren Literaturhinweisen.

(11) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.53.

Maßstab der Sittlichkeit und damit des Sittengesetzes als der "Idee des Guten" (12) abzustellen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist demnach "die Nichterfüllung der ethischen Mindestforderungen, die die heute geübte Rechtsmoral für das Handeln der Rechtsgenossen aufstellt" (13) oder, wie es die Rechtsprechung (14) heute für den Bereich des Wettbewerbsrechts formuliert, ein Verhalten, das dem "Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden" widerspricht (15). Entgegen neuerdings im Schrifttum geäußerten Ansichten, die das Kennzeichen der Unlauterkeit im Verstoß gegen den ordre public sehen (16) oder die Sittenwidrigkeit durch Interessenabwägung bestimmen wollen (17), wird hier an der ethischen Bewertung der Wettbewerbs-handlungen festgehalten (18).

b) Auch der von einigen Autoren (19) und dem Bundeskartellamt (20) vertretenen Meinung, die Grundentscheidung des GWB für die Freiheit des Wettbe-

(12) Callmann, aaO., S.48; Larenz, Allg.Teil, S.430, verweist für § 138 BGB "sowohl auf die der Rechtsordnung selbst immanenten ethischen Werte und Prinzipien wie auch auf die Verhaltensgebote der heute herrschenden Moral".

(13) Enneccerus-Nipperdey, 2.Halbband, § 191 I.

(14) BGHZ 15, 364; ebenso E.Reimer, Kap.74 Anm.1; Tetzner, § 1 UWG Anm.35 ff.

(15) Aus dieser Formulierung ergibt sich, daß der Begriff der guten Sitten in § 1 UWG nicht mit dem der §§ 138, 826 BGB übereinstimmt. Nach §§ 138, 826 BGB ist mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren, was dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widerspricht. Vgl. RGZ 48, 124; 80, 221; st.Rechtspr.

Demgegenüber ist bei der Beurteilung der Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung nach § 1 UWG auf die Sonderanschauungen der beteiligten Kreise, vor allem der Mitbewerber, abzustellen. Das Urteiler, die die in Frage stehenden wirtschaftlichen Vorgänge zu beurteilen vermögen, kann nicht unberücksichtigt bleiben.

Vgl. Tetzner, § 1 UWG Anm.38; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.54, 55, 69; Meyer-Cording, JZ 1964, 310.

(16) Simitis, Gute Sitten und ordre public, S.47 ff.

(17) Hubmann, aaO., S.243; Kraft, aaO., S.175 ff.

(18) So auch die h.L., vgl. z.B. E.Reimer, Kap.74 Anm.1 ff.; v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.8; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.53 ff.; Meyer-Cording, JZ 1964, 273, 310.

(19) Völz, WRP 1961, 135 (136); Döll, BB 1960, 1105 (1106); Koenigs, NJW

werbs habe den Inhalt des Sittenbegriffes verändert und zwingt dazu, die neue Auffassung von der Bedeutung des freien Wettbewerbs bei der Auslegung des § 1 UWG zu berücksichtigen (21), ist entschieden entgegenzutreten.

Daß diese Ansicht von der Dogmatik der beiden Gesetze nicht gestützt wird, ist inzwischen nachgewiesen worden (22). Zwar hat die Rechtsprechung (23) bei der Begründung der Sittenwidrigkeit bestimmter Werbemaßnahmen unter anderem auch auf wirtschaftspolitische Gesichtspunkte hingewiesen, letztlich aber nie einen Zweifel daran gelassen, daß in erster Linie das Anstandsgefühl des durchschnittlichen Gewerbetreibenden als Maßstab für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit anzusehen ist. Es ist daher für die hier vorzunehmende wettbewerbsrechtliche Beurteilung des wirtschaftlichen Systemvergleichs daran festzuhalten, daß es bei der Anwendung des § 1 UWG lediglich um die sittlichen Mindestanforderungen an eine solche Handlung geht und daß wirtschaftspolitische Gesichtspunkte keine Rolle spielen.

2. Für die rechtliche Beurteilung des wirtschaftlichen Systemvergleichs muß der "umfassende Bewertungsmaßstab" (24) der guten Sitten näher konkretisiert werden, um genauere Anhaltspunkte für die Prüfung der Zulässigkeit dieser Werbemethode zu finden. Einen ersten Hinweis könnte das Leistungsprinzip im Wettbewerb geben, das als Richtlinie für die Beurteilung von Wettbe-

1961, 1041 (1042); Rinck, BB 1962, 105 (106).

(20) BKartA, DB 1963, 579 (580).

(21) So Völz, WRP 1961, 135 (136).

(22) Vgl. Illert, aaO., S.34, 35: "Der Richter soll im Rahmen des § 1 UWG den ethischen Gehalt einer Wettbewerbshandlung beurteilen, nicht aber Wirtschaftspolitik betreiben."

(23) Das RG und der BGH haben in einer Anzahl von Entscheidungen die Sittenwidrigkeit mit vorwiegend wirtschaftspolitischen Argumenten begründet. Vgl. z.B. RG, GRUR 1936, 810 (811, 812); GRUR 1938, 207 (209); RGZ 160, 385 (388); BGHZ 19, 392 (399); 23, 365 (371).

Vgl. auch die eingehende Würdigung dieser Urteile bei Rinck, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, S.163 ff.

Der BGH hat jedoch neuerdings betont, daß bei der Beurteilung einer Werbemaßnahme wirtschaftspolitische Erwägungen auszuschneiden hätten. So BGH, NJW 1965, 1325 (1327). In diesem Sinne auch OLG Koblenz, WRP 1967, 284 (286).

(24) Baumbach-Hefermehl, Allg. Anm.72.

werbshandlungen dient (25). Seit Nipperdey (26) den Wettbewerb in Leistungs- und Behinderungswettbewerb aufgeteilt hat, ist diese Unterscheidung zur Abgrenzung der lauterer von den unlauteren Wettbewerbshandlungen verwandt worden (27). Hierbei ist klarzustellen, daß nicht jedes Verhalten, das dem "Nichtleistungswettbewerb" (28) zuzurechnen ist, auch gleichzeitig als sittenwidrig zu betrachten ist (29). Ein Verstoß gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs indiziert jedoch den "negativen Charakter" (30) einer Wettbewerbshandlung, die bei Hinzutreten weiterer erschwerender Umstände sittenwidrig wird.

Das Leistungsprinzip im Wettbewerb bedeutet, daß im Kampf um den Kunden die bessere Leistung entscheiden soll (31). Für das Gebiet der Werbung ergibt sich daraus, daß Werbemittel dazu dienen sollen, die Vorzüge der eigenen Leistung anzupreisen, daß sie jedoch nicht dazu mißbraucht werden dürfen, "das Urteil des Käufers in irgendeiner Weise zu verfälschen oder ihn von der sachlichen Erwägung fernzuhalten" (32).

Wendet man diese Grundsätze auf den wirtschaftlichen Systemvergleich an, so kommt man zu folgendem Ergebnis: Ein Vergleich zweier Wirtschaftssysteme, bei dem der Vergleichende die Vorzüge des von ihm vertretenen Systems in sachlicher Weise hervorhebt, ohne einen bestimmten Vertreter des anderen Systems anzugreifen und ohne mit unwahren Behauptungen den Kunden irrezuführen, enthält grundsätzlich keinen Verstoß gegen das Leistungsprinzip. Ein

(25) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.72.

(26) Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S.27.

(27) Vgl. z.B. Tetzner, Vorbem. 3 zu § 1 UWG; v.Godin-Hoth, Vorbem.3 zu § 1 UWG.

(28) Diesen Begriff hat Hefermehl als Gegenbegriff zum Leistungswettbewerb eingeführt. Er ist dem engeren Begriff des Behinderungswettbewerbs vorzuziehen, da er auch die Wettbewerbshandlungen umfaßt, die sich in erster Linie gegen den Kunden richten und die Mitbewerber nur mittelbar behindern, wie z.B. die irreführende Werbung. Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.70; Lieb, aaO., S.6.

(29) Man denke z.B. an die moderne Suggestivreklame, die lediglich die Gefühle der Verbraucher anspricht, ohne auf die Qualität der Ware hinzuweisen. Vgl. hierzu Illert, aaO., S.36 mit weiteren Hinweisen.

(30) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.72.

(31) Hubmann, aaO., S.242.

(32) Bussmann, NJW 1952, 684 (687).

solcher Vergleich ist im Gegenteil sogar besonders dazu geeignet, den Leistungswettbewerb zu fördern, da dem Kunden die möglichen Vorteile z.B. des Konsumsystems gegenüber dem Einzelhandel, des Barverkaufs- gegenüber dem Abzahlungssystem oder des Versandhandels gegenüber dem ortsfesten Einzelhandel vor Augen geführt werden und dieser sich frei für das seiner Meinung nach bessere System entscheiden kann. Diese den Leistungswettbewerb fördernde Wirkung des Systemvergleichs hat auch die Rechtsprechung erkannt, wenn sie betont, daß ein Verbot des Systemvergleichs mit den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs nicht vereinbar sei (33). Nun führt aber die Erkenntnis, daß der wirtschaftliche Systemvergleich in der Regel nicht gegen das Leistungsprinzip verstößt, nicht sehr weit, da ein solcher Vergleich verschiedene Voraussetzungen erfüllen muß, wie fehlende Bezugnahme auf den Mitbewerber, Sachlichkeit und Wahrhaftigkeit. Erfüllt der Vergleich diese Voraussetzungen nicht, greift also der Vergleichende einen bestimmten Vertreter des anderen Systems an oder stellt er unsachliche und unwahre Behauptungen auf, dann wird ein solcher Systemvergleich zu einem Mittel des "Nichtleistungswettbewerbs". Außerdem drücken die eben aufgezählten "Leistungsverfälschenden" (34) Begleitumstände wie Unsachlichkeit und Unwahrheit diesem Vergleich den Stempel der Sittenwidrigkeit auf.

Schon aus diesem kurzen Überblick ergibt sich, daß der wirtschaftliche Systemvergleich je nach den Umständen des Einzelfalles bald dem Leistungs-, dann wieder dem Nichtleistungswettbewerb zuzuordnen ist. Eine abschließende Beurteilung der Zulässigkeit des wirtschaftlichen Systemvergleichs läßt sich also aus dem Leistungsprinzip nicht entnehmen.

(33) So BGH, GRUR 1952, 416 (417); vgl. auch BGH, WRP 1967, 311 (313).

(34) Nipperdey gebraucht den Ausdruck "Leistungsverfälschenden Wettbewerb" für alle Wettbewerbshandlungen, die den Leistungsmaßstab verletzen, vgl. WuW 1954, 211 (216).

B. DIE VERBOTENE VERGLEICHENDE WERBUNG

Da es sich bei dem wirtschaftlichen Systemvergleich um eine vergleichende Werbemaßnahme handelt, liegt es nahe zu untersuchen, ob hier ein Fall der nach der Rechtsprechung von § 1 UWG verbotenen vergleichenden Werbung vorliegt. Um diese Frage beantworten zu können, ist im folgenden Abschnitt - nach einigen methodischen Vorbemerkungen und Klärung der Terminologie - zunächst zu prüfen, wann der Tatbestand der vergleichenden Werbung gegeben ist und aus welchen Gründen ein Werbevergleich gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstößt.

I. KONKRETISIERUNG DER GENERALKLAUSEL DES § 1 UWG DURCH DIE RECHTSPRECHUNG

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verbot der vergleichenden Werbung und zu den Ausnahmen von diesem Verbot ist ein Beispiel für die geschickte Handhabung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel durch die Rechtsprechung und für die Neuschöpfung von Richterrecht (35). Der Gesetzgeber verfolgte mit der Einführung der Generalklausel des § 1 UWG in erster Linie das Ziel, der Rechtsprechung ein wirksames Instrument zur Bekämpfung der unlauteren Wettbewerbshandlungen in die Hand zu geben, die bei den vielfältigen und wandelbaren Erscheinungsformen des modernen Wirtschaftslebens erfahrungsgemäß in immer neuem Gewand auftreten. Eine elastische Generalklausel bietet hier die größte Gewähr für eine möglichst gerechte Entscheidung im Einzelfall. Angesichts des unbestimmten und ausfüllungsbedürftigen Wertmaßstabs der "guten Sitten" (36) sah sich die Rechtsprechung jedoch im Interesse

(35) Zur Problematik des von der Rechtsprechung bei der Anwendung von gesetzlichen Generalklauseln geschaffenen Richterrechts vgl. z.B. Bartholomeyczik, aaO., S.69; Esser, Grundsatz und Norm, S.150 ff.; ders., Festschrift für F.v.Hippel, S.102 Fußn.26, 111, 126, 129 f.; Germann, aaO., S.227 ff. (bes. S.234, 239); Larenz, Methodenlehre, S.215 ff.; ders., Kennzeichen, S.2; ders., NJW 1965, 1 ff.; Meier-Hayoz, aaO., S.64; Werner, aaO., S.23.

(36) Zu den ausfüllungsbedürftigen Wertmaßstäben vgl. Larenz, Methodenlehre, S.218 ff.; ders., Kennzeichen, S.2.

der Rechtssicherheit (37) gezwungen, in einer großen Zahl von Richtlinien und Leitsätzen bestimmte Tatbestandsgruppen herauszubilden, in denen regelmäßig ein sittenwidriges Verhalten gegeben ist (38). Der Richter entwickelt auf diese Weise die im Wettbewerb zu beachtenden Verhaltensnormen, wobei er diese Regeln so aufstellt, wie er sie als Gesetzgeber aufgestellt hätte (39). Diese von der Rechtsprechung im Rahmen der Generalklausel geschaffenen Normen sind mit ihren Voraussetzungen, Ausnahmen und Rechtsfolgen ebenso im einzelnen bestimmt wie z.B. eine Vorschrift des BGB (40). Eine solche Konkretisierung der Generalklausel erleichtert die Rechtsanwendung (41), verhindert eine reine Gefühlsrechtsprechung und ermöglicht die Vorausberechenbarkeit der Entscheidungen (42). Bei der Anwendung dieser richterlichen Normen in der Praxis ist jedoch stets zu berücksichtigen, daß es sich hier nicht um starre Rechtsregeln handelt. Gerade die Generalklausel des § 1 UWG gebietet, die bei den vielfältigen Erscheinungsformen des wirtschaftlichen Wettbewerbs voneinander abweichenden, besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles genau zu beachten (43).

II. DAS VERBOT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

1. Zunächst ist zu klären, was hier unter dem Begriff "vergleichende Werbung" verstanden wird. Ein kurzer Überblick über die heute gebräuchliche Terminologie, die noch in der Rechtsprechung des RG (44) uneinheitlich war

-
- (37) Zum Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall vgl. Henkel, aaO., S.333 ff.
- (38) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.54; Coing, NJW 1947/48, 213; E.Reimer, Kap.74 Anm.6.
- (39) Vgl. Bartholomeyczik, aaO., S.69; Meier-Hayoz, aaO., S.64.
- (40) Vgl. Rinck, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, S.152.
- (41) Coing, NJW 1947/48, 213.
- (42) Die Vorausberechenbarkeit von Entscheidungen ist ein wesentliches Element der Rechtssicherheit, vgl. Henkel, aaO., S.338.
Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.54.
- (43) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.54.
- (44) Vgl. z.B. RGZ 116, 277. Das RG spricht hier von "persönlicher Reklame". Gemeint ist jedoch kritisierende vergleichende Werbung. Unklar auch noch Alexander-Katz, aaO., S.53, der den "Vergleich mit den Leistungen des Konkurrenten" der "persönlichen Reklame" gleichsetzt. Ausführlich z.Terminologie vgl. D.Reimer, aaO., S.7 ff. mit weit.Hinw.

und zu Unklarheiten führte, zeigt, welche Arten der bezugnehmenden Werbung hier außer Betracht bleiben können. Der von Nerreter (45) geschaffene Oberbegriff der "bezugnehmenden Werbung" umfaßt die persönliche, anlehrende und vergleichende Werbung.

a) Unter persönlicher Werbung versteht man Hinweise auf die persönlichen Verhältnisse des Mitbewerbers, z.B. auf seine Nationalität, Rasse, Kreditfähigkeit oder Vorstrafen, um ihn in den Augen der Kunden herabzusetzen und sich dadurch einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen. Daß ein solches Vorgehen nicht mit den guten Sitten vereinbar und deshalb unzulässig ist, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

b) Anlehrende Werbung ist die Ausnutzung des guten Rufes der Ware oder Leistung eines Mitbewerbers für sich selbst. Dies kann vor allem dadurch erreicht werden, daß man das eigene Erzeugnis als "ebenso gut wie" eine bekannte andere Ware bezeichnet. Lobe (46) hat diese Art der Werbung treffend als ein "Pflügen mit fremdem Kalbe" bezeichnet. Auch eine solche Ausbeutung des fremden Arbeitsergebnisses verstößt gegen die guten Sitten im Wettbewerb und ist nach § 1 UWG verboten.

c) Die hier allein interessierende kritische vergleichende Werbung bedeutet eine Gegenüberstellung der Ware oder gewerblichen Leistung des Anpreisenden mit der Ware oder Leistung eines bestimmten Mitbewerbers, wobei die Konkurrenzware herabgesetzt wird, um die Vorzüge des eigenen Angebots besonders hervorzuheben (47). Die besondere Wirksamkeit dieser Werbemethode liegt in der psychologischen Beeinflussung des Kunden, der durch die Gegenüberstellung der angeblich besseren Leistung des Werbenden mit der "schlechteren" Leistung der in Bezug genommenen Mitbewerber dazu bewogen wird, sich für das bei dem Vergleich als günstiger bezeichnete Angebot zu entscheiden. Der kritisierende Vergleich in der Werbung kann auf verschiedene Weise erfolgen. Am häufigsten ist die Gegenüberstellung von Preisen (sog. Preisvergleich) und von Qualitätsmerkmalen (sog. Qualitätsvergleich) (48). Es können aber auch sonstige Vorzüge (z.B. besserer Kundendienst usw.) der angepriesenen Ware oder Leistung den angeblichen Nachteilen der kritisierten Leistungen

(45) Nerreter, GRUR 1933, 8 ff.

(46) Lobe, MuW 1916, 129.

(47) Definition nach D.Reimer, aaO., S.8.

(48) Vgl. Jörg, aaO., S.17; D.Reimer, aaO., S.50.

bestimmter Mitbewerber gegenübergestellt werden. In der Werbepraxis werden alle diese Möglichkeiten oft auch in einer Werbung zusammengefaßt. Ein Beispiel hierfür wäre folgender Werbeslogan eines Kaufmanns in dem Vorort einer Großstadt: "Warum kaufen Sie in dem Kaufhaus X im Zentrum? Bei mir bekommen Sie viele Waren besser und billiger und ersparen viel Zeit und Mühe".

2. Im folgenden soll untersucht werden, wann der Verbotstatbestand der kritisierenden vergleichenden Werbung erfüllt ist. Erst eine genaue Beschreibung der Tatbestandsmerkmale der verbotenen vergleichenden Werbung ermöglicht die Beantwortung der Frage, ob auch der wirtschaftliche Systemvergleich als vergleichende Werbung unzulässig ist.

a) Der Tatbestand der kritisierenden vergleichenden Werbung setzt stets eine deutliche Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber voraus (49). Der Vergleich muß also einen bestimmten "Betroffenen" oder zumindest eine bestimmte Gruppe von Betroffenen erkennen lassen (50). Es genügen nicht allgemeine Anpreisungen, die den Kunden irgendwie zu einem Vergleich mit Konkurrenzwaren anregen, sondern erst "der auf bestimmte Mitbewerber gerichtete Angriff kann die Kritik an fremden Waren anstößig machen" (51). Die Frage, ob im konkreten Fall eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber vorliegt, ist das Kernproblem zahlloser Entscheidungen, die auf dem Gebiet der vergleichenden Werbung ergangen sind. Dies ist damit zu erklären, daß von der Beantwortung dieser Frage allein der Ausgang des Rechtsstreits in den meisten Fällen abhängt. Obwohl eine jahrzehntelange Rechtsprechung versucht hat, den Begriff der "erkennbaren Bezugnahme" näher zu präzisieren, sind die Grenzen des Bezugsbereiches vergleichender Werbung bis heute noch nicht ganz geklärt (52). Im Rahmen dieser Untersuchung, die eine Abgrenzung des Systemvergleichs vom Tatbestand der vergleichenden Werbung anstrebt, können nur einige Grundsätze erläutert werden, die von der Rechtsprechung als Richtlinien für die Feststellung einer erkennbaren Bezugnahme verwendet werden.

(49) Vgl. z.B. BGH, GRUR 1952, 582 (584).

(50) D.Reimer, aaO., S.22.

(51) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.31.

(52) Vgl. Illert, aaO., S.49.

b) Als unproblematisch können die Fälle angesehen werden, in denen der Werbende einen bestimmten Mitbewerber oder dessen Ware namentlich bezeichnet und kritisiert. Hier tritt der Vergleich und die Bezugnahme auf den Mitbewerber offen zutage. Ein Beispiel für eine solche "direkte Bezugnahme" wäre der Werbespruch: "Blendax-Zahnpasta ist besser und dazu noch 5% billiger als Pepsodent!" Namentliche Bezeichnungen eines Konkurrenzproduktes oder eines bestimmten Mitbewerbers kommen jedoch in der Werbepaxis recht selten vor. Viel häufiger enthält ein Werbevergleich eine versteckte oder unausgesprochene Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber. Diese in der Praxis bedeutsamen Fälle, in denen ein bestimmter Wettbewerber nicht ausdrücklich genannt wird, bereiten erhebliche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen vergleichender Werbung und allgemeinen Anpreisungen ohne gezielte Vergleichswirkung (53). Wie ist z.B. folgender Fall zu beurteilen: Ein Kaufmann wirbt mit Plakaten und Schildern in der Form: "Bin stets 5% billiger als meine Konkurrenz", wobei das Geschäft "der Konkurrenz" gegenüber auf der anderen Straßenseite liegt und für alle Kunden erkennbar gemeint ist. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß eine solche versteckte Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber auch unter das Verbot der vergleichenden Werbung fallen muß, da andernfalls dieses Verbot leicht zu umgehen und damit zur Wirkungslosigkeit verurteilt wäre.

Um auch diese Fälle der sog. "indirekten Bezugnahme" (54) auf den Mitbewerber wirksam bekämpfen zu können, hat schon das RG (55) den Grundsatz aufgestellt, daß es nicht darauf ankomme, ob bei einem Vergleich mit fremden Leistungen der Mitbewerber mit Namen genannt wird. Es genüge vielmehr, daß "ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise" einzelne individuell bestimmbare Mitbewerber oder auch eine Gruppe von Mitbewerbern als betroffen ansieht (56). Es muß jedoch in jedem Falle eine erkennbare Beziehung zu bestimmten konkurrierenden Unternehmen bestehen, gegen die sich der Vergleich richtet, oder, wie der BGH (57) formuliert, der Mitbewerber

(53) Vgl. Illert, aaO., S. 51.

(54) Vgl. Illert, aaO., S. 51; in der Literatur werden auch die Begriffe "unmittelbare" und "mittelbare Bezugnahme" verwendet, vgl. Heiseke, WuW 1967, 24. Ungenau ist jedoch der Ausdruck "indirekte vergleichende Werbung", so Alexander-Katz, WRP 1956, 293.

(55) RG, GRUR 1938, 61 (64).

(56) RG, GRUR 1938, 61 (64); vgl. auch OLG Köln, GRUR 1962, 102 (103).

(57) BGH, GRUR 1952, 582 (584).

muß "für den Leser oder sonstigen Interessenten in der Verlautbarung eindeutig erkennbar gemacht werden". Entscheidend für das Vorliegen einer erkennbaren Bezugnahme ist, ob die umworbenen Kunden aus den Begleitumständen der Werbemaßnahme entnehmen können, welche Mitbewerber durch den Vergleich betroffen sind (58). Neben der Vorstellung der Umworbenen sind also stets die besonderen Begleitumstände einer Werbung zu beachten, da nur diese als ein objektives Abgrenzungskriterium sichere Anhaltspunkte für die Feststellung der erkennbaren Bezugnahme geben können. Solche objektiven Begleitumstände, die einen bestimmten Betroffenen erkennen lassen, sind beispielsweise die besonderen örtlichen Verhältnisse im Verbreitungsgebiet einer Werbung, die unmittelbare zeitliche Folge der Werbung auf eine vorherige Werbemaßnahme des betroffenen Mitbewerbers und die Ausrichtung der Werbung auf branchen- und fachkundige Abnehmer (59). Diese abstrakten Grundsätze sind anhand einiger praktischer Fälle leicht zu veranschaulichen:

Ein Einzelhändler veröffentlicht in der Lokalzeitung einer mittleren Stadt eine Anzeige des Inhalts: "Nur reguläre Lagerware wird verkauft, keine Ramschware, wie in Warenhäusern vielfach üblich." In der betreffenden Stadt und deren Umgebung gibt es nur ein einziges Warenhaus, so daß jeder Leser der Anzeige sofort weiß, wer gemeint ist: das Warenhaus ist also erkennbar betroffen (60). Der Hersteller des Mundwassers "Odol" wirbt für sein Erzeugnis mit dem Satz: "...ja, aber Odol ist besser". Auf Berliner Omnibussen trifft dieser Werbeslogan mit der Reklame für das Konkurrenzprodukt "Chlorodont" in der Form zusammen, daß gleich hinter der Werbung für Chlorodont der Satz: "ja, aber Odol ist besser" zu lesen ist. Das angesprochene Publikum erkennt hier sofort, daß der Konkurrent durch diesen Werbespruch deutlich betroffen ist, eine erkennbare Bezugnahme ist zu bejahen (61).

(58) Vgl. D.Reimer, S.23 und die dort in Fußn.63 zitierte Rspr.; v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.30 a; Illert, aaO., S.51.

(59) Zusammenstellung nach Illert, aaO., S.51.

(60) Vgl. RG, GRUR 1930, 200, 201.

(61) Das RG hat diese Werbung seinerzeit für zulässig erklärt, vgl. RG, GRUR 1931, 165 (166). Im Schrifttum ist diese Entscheidung des RG allgemein kritisiert worden; man sieht in diesem Fall geradezu ein typisches Beispiel einer indirekten Bezugnahme auf einen bestimmten Mitbewerber. Vgl. E.Reimer, Kap.78 Anm.13; v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.30; Tetzner, § 1 UWG Anm.136; D.Reimer, aaO., S.62, 63; Ingelmann, WRP 1960, 179.

Ein im Außenbezirk einer Großstadt gelegenes Möbelgeschäft inseriert in der Lokalpresse mit folgendem Text: "Unser größtes Pech ist Ihr größtes Glück: Wir müssen uns die dreifache Mühe geben, weil wir nicht im Stadtzentrum sitzen! Wenn wir im Stadtzentrum wären, müßten Sie bei uns garantiert höhere Preise zahlen und wahrscheinlich würden wir uns längst nicht so viel Mühe machen mit Ihren Wünschen!" Diese Anzeige richtet sich deutlich gegen die Konkurrenzgeschäfte im Stadtzentrum, deren Anzahl in diesem Fall so begrenzt war, daß das Publikum bestimmte Mitbewerber erkennen konnte. Auf Grund der besonderen örtlichen Verhältnisse gewinnt diese Werbung einen bezugnehmenden Charakter (62).

In den folgenden zwei Fällen ergibt sich die indirekte Bezugnahme aus dem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang der angesprochenen Abnehmer: Ein auswärtiger Händler kündigt in einer Lokalzeitung den öffentlichen Verkauf seiner Erzeugnisse an. Am nächsten Tag erscheint in derselben Zeitung die Anzeige eines einheimischen Konkurrenten mit folgendem Wortlaut: "Lassen Sie sich nicht durch vielversprechende Anzeigen auswärtiger Firmen beirren! Wenden Sie sich stets an den einheimischen Fachmann!" Hier wird sich ein erheblicher Teil der Zeitungsleser an die gestrige Anzeige erinnern, so daß der auswärtige Händler deutlich betroffen ist (63).

Eine Vertriebsfirma für Sisalbindegarn schickt dem Großhandel ein Schreiben zu, in dem es heißt: "Wir wissen, daß jetzt einzelne Spinnereien und insbes. auch eine sehr namhafte mit einem befristeten Angebot in den Markt gegangen sind. Dem Vernehmen nach bewegen sich die Preise um 1,80 DM je kg. Sofern Sie sich eindecken wollen, stehen auch wir Ihnen in bewährter Weise zur Verfügung. Wir können Ihnen Sisalbindegarn immer zu Preisen offerieren, die unter dem von verschiedenen anderen Spinnereien verlautbarten Niveau liegen." Obwohl in diesem Schreiben keine bestimmten Konkurrenten namentlich genannt sind, können die angesprochenen Abnehmer als geschulte Fachleute, denen die einzelnen Anbieter auf diesem speziellen Markt genau bekannt sind, ohne weiteres erkennen, gegen welche Mitbewerber sich diese Werbung richtet, so daß eine erkennbare Bezugnahme gegeben ist (64).

(62) Vgl. DW 1967, 32.

(63) Vgl. BGH, GRUR 1952, 582 (584); ein weiteres instruktives Beispiel enthält eine Entscheidung des LG Kassel, WRP 1967, 289 (290). Auch hier ergab sich die erkennbare Bezugnahme auf den Mitbewerber aus der zeitlichen Reihenfolge der Anzeigen.

(64) Vgl. DW 1963, 7.

Das letzte Beispiel zeigt, daß bei der Feststellung einer indirekten Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber die tatsächlichen Marktverhältnisse berücksichtigt werden müssen. Auf einem Markt für seltene Spezialartikel, auf dem die Konkurrenz klein und überschaubar ist und die umworbenen Kunden außerdem oft branchen- und fachkundig sind, enthält eine vergleichende Werbung fast immer eine unausgesprochene Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber. Die Rechtsprechung hat in diesen Fällen überwiegend eine strenge Haltung eingenommen und eine erkennbare Bezugnahme bei einem kleinen Mitbewerberkreis bejaht (65). So hat z.B. der BGH (66) eine Werbung, in der zwei Radschutz-Webstuhlantriebe miteinander verglichen wurden, für unzulässig erklärt. Zur Begründung führt er aus, diese Spezialartikel würden nur von wenigen Firmen hergestellt, die den einschlägigen Fachkreisen bekannt seien. Der Werbevergleich richte sich daher eindeutig gegen diese bestimmten Mitbewerber.

Auch die Marktstellung eines Produzenten kann darüber Aufschluß geben, ob seine Werbung sich erkennbar auf bestimmte Konkurrenten bezieht, wie folgender Fall zeigt: Eine Herstellerin von Schalungsträgern aus Stahl wirbt in Fachzeitschriften für das Bauwesen für ihr Erzeugnis mit der Werbebehauptung "F. ist schneller - F.-Schalungsträger verringern Ein- und Ausschalzeiten durch schnellen Keilverschluß und leichteres Gewicht der Elemente." Die werbende Firma besitzt zusammen mit ihrer Hauptkonkurrentin einen Marktanteil von 80%. Diese ist von der Werbung auf Grund der Marktverhältnisse erkennbar betroffen (67), da die wenigen anderen Hersteller von Schalungsträgern nur einen geringen Marktanteil haben, was den angesprochenen Fachleuten bekannt ist.

Eine indirekte Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber infolge der Marktverhältnisse kann auch bei der Gemeinschaftswerbung einer Gruppe von Unternehmen erfolgen. Wenn z.B. eine Rationalisierungsgemeinschaft mit den von ihr erzielten Rationalisierungserfolgen wirbt, indem sie die eigenen mit

(65) Vgl. BGH, GRUR 1961, 90; OLG Stuttgart, GRUR 1955, 50 (52); OLG München, WRP 1957, 141; LG Hamburg, GRUR 1956, 423. Vgl. hierzu auch unten S. 28.

(66) BGH, GRUR 1954, 337 (341).

(67) Ebenso Gödde, aaO., S.12; a.A. OLG Düsseldorf, BB 1963, 250, das in diesem Fall eine erkennbare Bezugnahme verneint. Mit dieser Entscheidung weicht das OLG von den in der Rechtsprechung des BGH (vgl. oben Fußn. 66) aufgestellten Grundsätzen ab.

den herkömmlichen Erzeugnissen vergleicht, und die Gemeinschaft über einen Marktanteil von 80 oder 90% verfügt, so sind die wenigen außenstehenden Mitbewerber erkennbar betroffen.

Die kleine Auswahl von Beispielen aus der Werbepaxis hat gezeigt, daß bei der Beurteilung einer vergleichenden Werbung erst die besonderen Begleitumstände der Werbemaßnahme eine sichere Beantwortung der Frage ermöglichen, ob im konkreten Fall eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber vorliegt.

c) In jüngerer Zeit hat ein Teil der Rechtsprechung, vor allem der Instanzgerichte, die vom RG abgesteckten Grenzen des Bezugsbereiches verlassen und das Verbot der vergleichenden Werbung immer weiter ausgedehnt. Hier ist vor allem eine vom OLG Düsseldorf in zwei Urteilen (68) entwickelte Formel zu erwähnen, wonach es für die vergleichende Werbung genügen müsse, "wenn der Werbende nur einen Teil der Mitbewerber deutlich in der Vorstellung der Kauflustigen aufsteigen läßt". Das OLG hat mit Hilfe dieser Formel, den Werbespruch für eine bestimmte Kühlschrankschrankmarke, "Elektrolux ist besser - besser kauf Elektrolux" sowie die Gegenüberstellung von Waschproben des eigenen und eines "handelsüblichen Feinwaschmittels" für unzulässig erklärt. Nach einer anderen Entscheidung (69) soll der Werbeslogan "Bei uns kaufen Sie manches Teil günstiger ein. Wir haben nur geringe Unkosten und sind mit einem bescheidenen Verdienst zufrieden", eine erkennbare Bezugnahme auf diejenigen Mitbewerber enthalten, die einen größeren Aufwand treiben, große Unkosten haben und mit höherem Verdienst rechnen. In diesen Fällen lagen weder besondere Begleitumstände der Werbung vor, die eine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber hätten erkennen lassen, noch waren sonst einzelne Mitbewerber oder auch nur eine abgrenzbare Gruppe von Konkurrenten erkennbar gemacht, die von dem Vergleich betroffen waren.

Zur Begründung der erkennbaren Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber wurde lediglich auf die Vorstellung der Umworbenen abgestellt, die den Vergleich auf einen "Teil der Mitbewerber" bezogen hätten.

An diesen Urteilen und den darin aufgestellten Grundsätzen ist im Schrifttum

(68) OLG Düsseldorf, GRUR 1955, 427 (428); 1956, 473 (474).

(69) OLG Düsseldorf, NJW 1957, 187 (188).

mit Recht Kritik geübt worden (70). Spengler (71) hat darauf hingewiesen, daß ein so weiter Begriff der unausgesprochenen Bezugnahme letztlich dazu führen muß, daß jede durch Werbung geweckte Ideenassoziation des Umworbenen als unlauterer Werbevergleich anzusehen ist. Illert (72) stellt fest, daß die These des OLG Düsseldorf die Feststellung der Vergleichswirkung ausschließlich in die Vorstellungswelt des Umworbenen verlagere, so daß dieser aus jeder Werbung "seinen" Vergleich herauslesen kann, wenn er einen ihm bekannten Mitbewerber deutlich vor Augen hat. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß es nicht darauf ankommt, ob der einzelne angesprochene Verbraucher bei dem Werbevergleich an bestimmte, gerade ihm bekannte Konkurrenten denkt (73), sondern daß "ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise" bestimmte Mitbewerber als betroffen ansehen muß (74). Aus diesen kritischen Überlegungen folgt, daß die vom RG (75) herausgearbeiteten Richtlinien, wonach für die Feststellung einer erkennbaren Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber die Vorstellungen eines erheblichen Teils der angesprochenen Verbraucher und die objektiven Begleitumstände der Werbung maßgebend sind, stets genau beachtet werden müssen. Wenn die Neigung der Rechtsprechung, auch bei allgemeinen Anpreisungen, die sich auf eine nicht überschaubare Anzahl von Mitbewerbern beziehen, eine erkennbare Bezugnahme anzunehmen, weiter anhält, führt die Ausdehnung des Verbots der vergleichenden Werbung letztlich zu einer nicht gerechtfertigten spürbaren Beschränkung der Werbemöglichkeiten (76) und nimmt der Werbung ihren wesenseigenen Spielraum (77).

Es soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, daß sich in der neueren Rechtspre-

(70) Vgl. v. Rützen-Kositzkau, WRP 1956, 61; Hefermehl, NJW 1957, 187; Spengler, DW 1960, 75 (80); Illert, aaO., S. 59; Joetze, aaO., S. 80, 81.

(71) DW 1960, 80, 81.

(72) AaO., S. 59.

(73) So aber v. Godin-Hoth, § 1 UWG Anm. 30 d; Ingelmann, WRP 1960, 178.

(74) H. M.; vgl. z. B. RG, GRUR 1938, 64; BGH, BB 1963, 1274; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 31; Tetzner, NJW 1956, 1901; Illert, aaO.,

(75) RG, GRUR 1938, 64. / S. 52, 59.

(76) Vgl. Illert, aaO., S. 59, der diejenigen Entscheidungen zum Preisvergleich mit empfohlenen Endverbraucherpreisen kritisiert, die allzu schnell u. schematisch eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber bejahen u. dadurch das Verbot der vergleichenden Werbung zu sehr ausweiten.

(77) Vgl. Hefermehl, NJW 1957, 187.

chung auch eine Reihe von Entscheidungen findet, die in konsequenter Anwendung der oben dargelegten Grundsätze zu einem zutreffenden Ergebnis gelangen. Als Beispiele können zwei Urteile des OLG Hamburg (78) dienen, in denen das OLG den Werbeslogan "Sieh alle Möbellager durch und kaufe dann bei Schulenburg" und die Werbung eines Hamburger Kaffeegeschäfts "Mehr für's Geld bei X!" für zulässig erklärt hat. Dieses Ergebnis hat das OLG zutreffend damit begründet, daß diese Werbeaussagen so allgemein gehalten seien, daß bei der Vielzahl von Möbel- und Kaffeegeschäften in Hamburg von einer eindeutig erkennbaren Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber nicht gesprochen werden könne, zumal keine besonderen Umstände ersichtlich seien, die einen Hinweis auf einen oder mehrere bestimmte Konkurrenten geben könnten.

d) Nach einer neueren in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht soll nicht jede erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber zur Unzulässigkeit einer vergleichenden Werbung führen. Entgegen der herrschenden Meinung (79) haben die Oberlandesgerichte Düsseldorf (80) und Hamburg (81) in der erkennbaren Bezugnahme auf Mitbewerber dann keine bezugnehmende Werbung gesehen, wenn "der Kreis der Mitbewerber klein und von dem Kunden leicht überschaubar ist". Zur Begründung wird im wesentlichen angeführt, daß andernfalls Unternehmen mit einer überschaubaren Anzahl von Konkurrenten in ihren Werbemöglichkeiten stark beeinträchtigt wären.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt Lieb (82), indem er das Merkmal der Bezugnahme nur dann als gegeben ansieht, wenn die Bezugnahme objektiv vorliegt und zusätzlich der Werbende diese auch zu vertreten hat, d.h., wenn er sie "absichtlich und ohne hinreichende Veranlassung" herbeigeführt hat. Letzteres sei aber dann nicht der Fall, wenn ein kleiner und leicht überschaubarer Kreis von Konkurrenten vorhanden sei. Bei solchen Marktverhältnissen sei eine erkennbare Bezugnahme unvermeidlich.

Diese Auffassungen vermögen letztlich nicht zu überzeugen, da sie auf eine Einschränkung des Begriffs der erkennbaren Bezugnahme hinauslaufen. Dieser

(78) OLG Hamburg, GRUR 1953, 533; WRP 1960, 104.

(79) Vgl. z.B. BGH, GRUR 1954, 337 (341) und die oben in Fußn. 65 zitierten Entscheidungen.

(80) OLG Düsseldorf, BB 1963, 250.

(81) OLG Hamburg, WRP 1960, 104.

(82) Lieb, aaO., S. 115 ff. (bes. S. 115, 117).

ist vielmehr rein objektiv zu verstehen. Die Tatbestandsmäßigkeit der verbotenen vergleichenden Werbung hängt nicht von subjektiven Vorstellungen des Werbenden ab. Es kommt also nicht darauf an, was derwerbende gewollt hat (83) sondern es reicht aus, wenn ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise bestimmte Mitbewerber als betroffen ansieht und die objektiven Begleitumstände der Werbung die Bezugnahme erkennen lassen. Denn die objektive Bezugnahme begründet bereits das ethische Unwerturteil des Durchschnittsgewerbetreibenden (83a) und damit die Tatbestandsmäßigkeit der verbotenen vergleichenden Werbung.

Demgegenüber versagt auch die Zweckmäßigkeitserwägung, daß in diesen besonderen Fällen eine indirekte Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber infolge der tatsächlichen Marktverhältnisse deswegen nicht angenommen werden könne, weil sonst die Unternehmen mit wenig Konkurrenz in ihrer Werbung zu sehr behindert wären. Diese Unternehmen müssen sich eben bei einem engen Kreis von Mitbewerbern in ihrer Werbung größere Zurückhaltung auferlegen als dies bei einer unübersehbaren Anzahl von Konkurrenten notwendig ist (84). Im übrigen gibt es viele und ausreichende Möglichkeiten, eine wirksame Werbung auch ohne vergleichenden Charakter zu betreiben (85). Schließlich sei noch klargestellt, daß auch bei Anwendung des hier vertretenen streng objektiven Begriffs der Bezugnahme ein Werbevergleich, der infolge der besonderen Marktverhältnisse eine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber enthält, und damit den Tatbestand der vergleichenden Werbung erfüllt, dann zulässig sein kann, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen

(83) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.163; Tetzner, NJW 1956, 1901. Auch Lieb, aaO., S.118, räumt im Widerspruch zu seiner vorher entwickelten Auffassung ein, daß für die Beurteilung einer vergleichenden Werbung nicht der subjektive Wille des Werbenden, sondern die allgemeine Verkehrsauffassung maßgebend ist. Anschließend meint er jedoch, wenn sich die erkennbare Bezugnahme allein schon aus besonderen Umständen der Werbung, wie z.B. einem kleinen Mitbewerberkreis, ergebe, so könne man dem Werbenden hieraus keinen Vorwurf machen. Lieb verneint also im Ergebnis doch eine erkennbare Bezugnahme in diesen Fällen.

(83a) Dies wiederum entscheidet über die Sittenwidrigkeit einer bestimmten Werbemaßnahme. Vgl. hierzu oben S.14.

(84) Vgl. Ulmer, DW 1962, 50, zur französischen Rechtsprechung; Lieb, aaO., S.116, 117.

(85) Ähnlich Ingelmann, WRP 1960, 179; Gödde, aaO., S.9.

eines von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmetatbestandes, z.B. des Fortschrittsvergleichs, vorliegen (86). Auf diesem Wege lassen sich in der Praxis interessengerechte Ergebnisse auch dogmatisch einleuchtend begründen.

e) Ergebnis: Der Tatbestand der kritisierenden vergleichenden Werbung setzt eine eindeutig erkennbare Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber voraus. Die Werbung kann einen Konkurrenten ausdrücklich bezeichnen (direkte Bezugnahme) oder - was häufiger ist - versteckt und unausgesprochen, aber doch deutlich erkennbar, auf bestimmte Mitbewerber Bezug nehmen (indirekte Bezugnahme). Eine indirekte Bezugnahme liegt dann vor, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise bestimmte Mitbewerber als betroffen ansieht und die objektiven Begleitumstände der Werbung eine Bezugnahme deutlich erkennen lassen. Es ist unerheblich, ob die Bezugnahme vomwerbenden beabsichtigt ist, sie muß lediglich objektiv vorliegen. Eine erkennbare Bezugnahme ist daher auch zu bejahen, wenn sie sich aus den besonderen tatsächlichen Marktverhältnissen ergibt, z.B. weil der Kreis der Mitbewerber klein und von dem Kunden leicht überschaubar ist.

3. Wenn bei der Beurteilung einer vergleichenden Werbung im einzelnen konkreten Fall eine erkennbare Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber festgestellt wird, so ist diese vergleichende Werbemaßnahme nach h.M. in Rechtsprechung (87) und Schrifttum (88) in der Regel sittenwidrig und damit nach § 1 UWG unzulässig. Es kommt hierbei auch nicht auf die Wahrheit oder Unwahrheit der bei dem Vergleich behaupteten Tatsachen an, auch wenn die Behauptungen über die Ware des Mitbewerbers wahr und in der Form sachlich gehalten sind, fallen sie unter das Vergleichsverbot (89). In

(86) Vgl. z.B. BGH, GRUR 1961, 85 (90). Der BGH nahm an, daß auf Grund der besonderen Umstände ein bezugnehmender Warenvergleich vorgelegen habe, der jedoch in diesem Fall als Fortschrittsvergleich zulässig sei.

(87) Grundlegend RG, GRUR 1931, 1299 (Hellegold); seitdem st.Rspr. des RG; BGH, GRUR 1952, 416 (417); BGH, BB 1963, 1274; st.Rspr. des BGH.

(88) Vgl. z.B. E.Reimer, Kap.78 Anm.11; v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.30; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.37 sowie die oben in der Einleitung S.4 Fußn.13 angegebene Literatur.

(89) H.M.; vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.25 mit weiteren Angaben aus Rspr. und Schrifttum.

jüngerer Zeit ist diese strenge Auffassung der h.M. von einigen Autoren (90) und dem Bundeskartellamt (91) angegriffen worden, die sich für die grundsätzliche Zulässigkeit der wahren und sachlichen vergleichenden Werbung einsetzen.

Trotz der Kritik im Schrifttum hat die Rechtsprechung das Verbot der vergleichenden Werbung aufrechterhalten und nur in bestimmten, eng begrenzten Ausnahmefällen eine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber erlaubt (92). Im Rahmen dieser Arbeit, die auf dem Boden der herrschenden Lehre zwei spezielle vergleichende Werbemaßnahmen, den wirtschaftlichen System- und Fortschrittsvergleich untersucht, kann auf die Vielzahl der für und wider die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung vorgetragenen Gründe nicht näher eingegangen werden (93). Die drei Hauptargumente, die von der h.M. für das Verbot der vergleichenden Werbung angeführt werden, sollen im folgenden kurz skizziert werden.

a) Schon im Jahre 1916 hat Kohler (94) gefordert, daß sich die einzelnen Gewerbetreibenden eines abwägenden Vergleiches in der Werbung enthalten sollen. Sie seien bei einem Vergleich befangen und nicht dazu berufen, "Richter in eigener Sache zu sein". Später hat das RG diesen richtigen Grundgedanken, daß niemand in eigener Sache objektiv urteilen könne (95), aufgegriffen und in zahlreichen Entscheidungen (96) als Begründung für die Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung angeführt. Seitdem taucht das Bild vom "Richter in eigener Sache" bis in die jüngste Zeit in den Ent-

(90) Vgl. vor allem Völp, WRP 1960, 197; ders., WRP 1961, 135; ders., GRUR 1962, 178; Rinck, BB 1962, 105; Tetzner, NJW 1962, 1087 sowie die oben in der Einleitung S.3 Fußn.12 angegebene Literatur.

(91) BKartA, DB 1963, 579 (580).

(92) Zum System der Ausnahmetatbestände vgl. unten S.54 ff.

(93) Zur Übersicht vgl. die knappe Zusammenstellung aller für und gegen das grundsätzliche Verbot vorgebrachten Argumente bei Spengler-Völp, WRP 1965, 121 ff. - Im übrigen vgl. die oben in der Einleitung, S.3, 4 Fußn.12, 13 angegebene Literatur.

(94) Kohler, MuW 1916, 127 (128).

(95) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.27.

(96) Vgl. z.B. RGZ 116, 277 (281); RG, GRUR 1932, 1201 (1202); GRUR 1944, 154. Weitere RG-Rspr. bei D.Reimer, aaO., S.21 Fußn.59.

scheidungen vor allem der Instanzgerichte auf (97).

b) Ein weiteres Argument für die Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung sieht man darin, daß sie auf eine Irreführung des Publikums abziele (98). Die Gefahr der Irreführung des Verkehrs liegt darin, daß bei einem Waren- oder Leistungsvergleich der Werbende regelmäßig nur die Vorteile seiner Erzeugnisse herausstellen wird, die Vorzüge der Konkurrenzware und erst recht die Nachteile seines eigenen Angebots aber verschweigt. So erhält der Kunde nur ein schiefes und einseitiges Bild der Eigenschaften der verglichenen Waren, so daß der Vergleich letztlich zu einer Marktverwirrung führt (99).

c) Den entscheidenden Gesichtspunkt für die Sittenwidrigkeit auch der wahren und sachlichen vergleichenden Werbung hat das Reichsgericht in seinem berühmten Hellegold-Urteil vom 6.10.1931 (100) herausgearbeitet. Das nach dieser Entscheidung vom Schrifttum (101) so genannte "Hellegold-Motiv" lautet: "Die Mitbewerber, auch wenn ihre gewerbliche Leistungsfähigkeit tatsächlich geringer sein sollte, brauchen sich nicht gefallen zu lassen, in den fremden Anpreisungen als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet zu werden." Das Hellegold-Motiv zeigt deutlich den "Kern des ethischen Unwerturteils" (102) über die vergleichende Werbung, der darin liegt, daß es mit den guten Sitten im Wettbewerb nicht vereinbar ist, die Kritik an der Leistungsfähigkeit eines Mitbewerbers als Vorspann für die eigene Kundenwerbung zu benutzen (103).

4. Von den Gründen, die im Schrifttum gegen das Verbot der vergleichenden Werbung angeführt werden, sollen hier lediglich diejenigen kurz erörtert werden, die im Hinblick auf System- und Fortschrittsvergleich von Bedeutung sind.

a) Am häufigsten wird die Forderung nach der Zulässigkeit vergleichender

(97) Vgl. zuletzt OLG Celle, BB 1965, 470.

(98) Vgl. z.B. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.26; D.Reimer, aaO., S.2.

(99) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.26; Krieger, BB 1962, 240 (241).

(100) RG, GRUR 1931, 1299 (1301).

(101) Borck, WRP 1961, 73; Illert, aaO., S.63.

(102) Illert, aaO., S.64.

(103) Vgl. BGH, GRUR 1952, 416 (417).

Werbung damit begründet, daß sie die Verbraucher über die verschiedenen Angebote am Markt aufklären könne und daher die Markttransparenz erhöhe (104). Markttransparenz bedeutet "konkrete Überschaubarkeit aller Marktbedingungen für alle Marktbeteiligten" (105). Eine möglichst große Marktübersicht ist besonders für den Verbraucher von entscheidender Bedeutung, da dieser sich nur bei näherer Kenntnis der einzelnen Marktdaten für das bessere Angebot entscheiden kann. Ein Interesse des Kunden an allen marktaufhellenden Werbemaßnahmen wird deshalb neuerdings allgemein anerkannt (106). Auch der Vergleich von Wirtschaftssystemen ist beispielsweise ein ausgezeichnetes Mittel zur Verbesserung der Marktübersicht. Ein sachlicher und wahrer Vergleich des Barzahlungs- mit dem Abzahlungssystem klärt den Kunden über Vor- und Nachteile der beiden Systeme auf, erweitert also seine Marktkenntnisse und erleichtert ihm eine durch sachliches Wissen fundierte Entscheidung. Es ist daher nicht verwunderlich, daß das Aufklärungsmoment als ein "Kernpunkt der Zulässigkeit des Systemvergleichs" (107) bezeichnet wird. Schon das RG (108) hat die Forderung aufgestellt, daß die Gegenüberstellung der Systeme "zum Zwecke der Aufklärung des maßgebenden Abnehmerkreises geschieht".

Auch der BGH (109) führte kürzlich aus, für die Zulässigkeit des Systemvergleichs spreche auch die Erwägung, daß es nur erwünscht sein könne, wenn der Verbraucher durch zutreffende sachbezogene Werbung aufgeklärt werde.

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die aufklärende und markterhellende Wirkung des wirtschaftlichen Systemvergleichs verloren geht, wenn der Werbende das Gegensystem in unsachlicher oder unwahrer Weise herabsetzt (110). Das gleiche gilt, wenn der Vergleich zwar sachlich und wahr ist, aber -

-
- (104) Speziell zum Problem Markttransparenz und vergleichende Werbung vgl. Rinck, BB 1962, 105; Brinkmann, WRP 1963, 230 ff.; im übrigen vgl. noch Völz, WRP 1961, 135 (137); Koenigs, NJW 1961, 1041 (1044); Tetzner, NJW 1962, 1087 (1088); Bergmann, aaO., S. 115 ff.; Jörg, aaO.,
(105) Schäfer, aaO., S. 4. / S. 50 ff.
(106) Vgl. BGH, NJW 1964, 2247 (2251); BKartA, DB 1963, 579 (581); Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 30; 37; Borck, WRP 1962, 249 (252) sowie die oben in Fußn. 104 angegebene Literatur.
(107) Tetzner, § 1 UWG Anm. 133.
(108) RG, GRUR 1937, 941 (945, 946).
(109) BGH, WRP 1967, 311 (313).
(110) In einem solchen Fall ist der Systemvergleich unzulässig. Vgl. hierzu eingehend mit Beispielen aus der Rechtsprechung unten S. 49 ff.

sei es bewußt oder unbewußt -, nur unvollständige Angaben enthält und dadurch die Verbraucher irreführt. In einem solchen Falle kann von Förderung der Markttransparenz keine Rede mehr sein, der Vergleich führt im Gegenteil zur Marktverwirrung. Dies zeigt, daß der Gesichtspunkt der Markttransparenz in der Werbepaxis weder ein geeignetes Kriterium für die Zulässigkeit und Grenzen des Systemvergleichs noch der vergleichenden Werbung überhaupt sein kann.

b) Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung wird ferner auch damit begründet, daß die zahlreichen und schwer abzugrenzenden Ausnahmetatbestände das Verbot der vergleichenden Werbung weitgehend hinfällig machten. Damit würde die Ausnahme zur Regel und umgekehrt. Dies führe dazu, daß richterliche Entscheidungen über vergleichende Werbemaßnahmen kaum noch vorausberechenbar seien und damit die Rechtssicherheit erheblich gefährdet sei. Aus diesem Grunde müsse das Verbot der vergleichenden Werbung aufgehoben werden (111).

Diese Auffassung ist schon in ihrem Ausgangspunkt verfehlt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung des RG und des BGH hat nur in wenigen, tatbestandlich eng begrenzten Ausnahmefällen wie Abwehrvergleich, Vergleich auf Verlangen des Kunden oder Fortschrittsvergleich eine vergleichende Werbung für zulässig gehalten (112). Die Rechtsprechung wollte auf diesem Wege die Härte des starren Verbots mildern, da in bestimmten Fällen auf Grund besonderer Umstände eine vergleichende Werbemaßnahme nicht als sittenwidrig angesehen werden konnte. Sie hat jedoch stets betont, daß es sich hier um Fälle mit ausgesprochenem Ausnahmecharakter handle und daß für den Regelfall vom Verbot der vergleichenden Werbung auszugehen sei. Diese Grundeinstellung der Rechtsprechung hat sich bis heute nicht gewandelt (113), so daß von einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses nicht gesprochen werden kann.

In der Rechtsprechung zu den Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Wer-

(111) Vgl. Bergmann, aaO., S.176 ff. (bes. S.179); Jörg, aaO., S.24; v. Lesing, WRP 1962, 283 (293); ähnlich Wenzel, NJW 1962, 81 (83); Tetzner, NJW 1962, 1087; Völz, GRUR 1962, 178 (184).

(112) Vgl. RG, GRUR 1944, 154; BGH, GRUR 1952, 416 (417). Zum System der Ausnahmetatbestände vgl. im einzelnen unten S. 54 ff.

(113) Vgl. aus der neueren Rspr. BGH, GRUR 1958, 343 (345); BGH, GRUR 1961, 237 (240, 241); OLG Köln, GRUR 1962, 102 (103).

bung kann auch keine Gefährdung der Rechtssicherheit gesehen werden. Die ständigen Bemühungen von Rechtsprechung und Rechtslehre um eine Präzisierung der tragenden Rechtsgedanken, die in den einzelnen Entscheidungen zu den Ausnahmen zum Ausdruck kommen, dienen im Gegenteil der Förderung der Rechtssicherheit (114). Die auf diese Weise in richterlichen Normen genau umschriebenen Ausnahmetatbestände ermöglichen eine kontinuierliche Rechtsprechung, die dann, soweit dies im Rahmen einer Generalklausel wie § 1 UWG überhaupt erreichbar ist, auch zu annähernd vorausberechenbaren Ergebnissen kommen kann (115).

c) Ergebnis: Am Verbot der vergleichenden Werbung ist aus den angeführten Gründen festzuhalten. Die im Interesse der Gerechtigkeit herausgearbeiteten Ausnahmetatbestände müssen jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit klar, eindeutig und eng begrenzt sein, damit das regelmäßige Verbot der vergleichenden Werbung erhalten bleibt.

C. DER ZULÄSSIGE WIRTSCHAFTLICHE SYSTEMVERGLEICH

I. ANFÄNGLICHE BEGRÜNDUNG DURCH DIE RECHTSPRECHUNG

Zur gleichen Zeit, als das RG die vergleichende Werbung für in der Regel unzulässig erklärte, ergingen in den Jahren 1931 und 1932 die ersten Entscheidungen zum Systemvergleich (116), den das RG im Gegensatz zur vergleichenden Werbung von Anfang an für grundsätzlich zulässig hielt. Zur Begründung der Zulässigkeit des Systemvergleichs hat das RG im Laufe seiner Rechtsprechung vor allem folgende drei Argumente verwendet:

1. Es bestehe keine Möglichkeit, den Anhängern verschiedener Systeme der Wirtschaft das Recht auf freie Meinungsäußerung zu nehmen, soweit sie sich von persönlichen ehrverletzenden Angriffen und von bewußt oder grob fahrlässig aufgestellten wahrheitswidrigen Behauptungen freihalte (117).

(114) Vgl. Henkel, aaO., S.359.

(115) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.54.

(116) Vgl. z.B. RG, MuW 1932, 229; 1932, 448; GRUR 1932, 316.

(117) RG, GRUR 1932, 468 (470); 1932, 729; 1933, 724 (726).

2. Ein Verbot der Auseinandersetzung über die Vorzüge und Mängel zweier Systeme in der Werbung hindere die Fortentwicklung von Wirtschaft und Technik (118) oder, wie der BGH (119) etwas strenger formuliert, ein Verbot des Systemvergleichs führe zu einer ungesunden Hemmung der Fortentwicklung von Wirtschaft und Technik.
3. Der Systemvergleich sei deswegen zulässig, weil bei ihm nur abstrakt wirtschaftliche oder technische Möglichkeiten einander gegenübergestellt würden, ohne daß dabei auf bestimmte Mitbewerber Bezug genommen werde. Es fehle hier also, was die vergleichende Werbung unzulässig mache, nämlich die Anpreisung der eigenen Ware auf Kosten und unter Herabsetzung der Ware eines bestimmten Mitbewerbers (120).

II. KONSTRUKTION ALS AUSNAHME VOM VERBOT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

Die Begründung des RG wurde vom Schrifttum (121) weitgehend übernommen, wobei allerdings auf die fehlende Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber entscheidendes Gewicht gelegt wird, während der Gesichtspunkt der Hinderung der Fortentwicklung von Wirtschaft und Technik sowie das Recht auf freie Meinungsäußerung nur als zusätzliche Gründe angeführt werden.

Reimer (122) rechtfertigt die Zulässigkeit des Systemvergleichs darüber hinaus mit dem allgemeinen Hinweis, daß andernfalls das Verbot der vergleichenden Werbung zu weitreichend sei. Er sieht im Systemvergleich eine notwendige Lockerung des Vergleichsverbots, um wirtschaftlich notwendige Vergleiche in

(118) RG, GRUR 1933, 256 (258); 1935, 382 (384); 1937, 941 (946).

(119) BGH, GRUR 1952, 416 (417).

(120) RG, GRUR 1938, 443 (445); ebenso BGH, GRUR 1952, 416 (417); BGH, GRUR 1953, 37 (39); OLG München, NJW 1965, 1669.

(121) Vgl. z.B. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.40, 41, 45; Bussmann-Pietzcker-Kleine, aaO., S.54; Tetzner, § 1 UWG Anm.133; ders., NJW 1953, 87 (88); Hubmann, aaO., S.251; Spengler, aaO., S.143; ders., DW 1960, 75 (77); Seubert, BB 1960, 965 (966); Borck, WRP 1961, 76; Jörg, aaO., S.26, 27; Gödde, aaO., S.49.

(122) E.Reimer, Kap.78 Anm.12.

der Werbung zuzulassen. Das Gemeinsame aller dieser Begründungen ist, daß sie den Systemvergleich als wichtigsten Ausnahmefall vom Verbot der vergleichenden Werbung ansehen.

III. ABGRENZUNG ZUR VERGLEICHENDEN WERBUNG

Für die Abgrenzung des erlaubten Systemvergleichs von der verbotenen vergleichenden Werbung ist lediglich eines der vom RG angeführten Argumente von entscheidender Bedeutung. Wenn nämlich bei einem Systemvergleich keine erkennbare Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber erfolgt, dann ist der Tatbestand der vergleichenden Werbung nicht erfüllt, und der Systemvergleich ist in der Regel zulässig. In diesem Fall sind jedoch die zusätzlichen Gesichtspunkte der Behinderung der Fortentwicklung von Wirtschaft und Technik und das Recht auf freie Meinungsäußerung überflüssig. Auch die begriffliche Unterscheidung von System- und Warenvergleich als dem wichtigsten Fall der vergleichenden Werbung ist nur ein Hilfsmittel für die Abgrenzung. Man muß daneben stets die "Grundthese" (123) im Auge behalten, die lautet: Unzulässigkeit einer Werbung, die erkennbar auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber Bezug nimmt und Zulässigkeit einer Werbung, die eine solche Bezugnahme nicht enthält.

1. Prüft man anhand dieses Grundsatzes die Fälle des wirtschaftlichen Systemvergleichs, wie z.B. Gegenüberstellung von Konsumgenossenschaften und Einzelhandel, Barverkaufs- und Abzahlungssystem, Verkaufssystemen mit und ohne Zugaben, so ergibt sich, daß ein Vergleich von Wirtschaftssystemen, bei dem auf jeder Seite eine nicht überschaubare oder näher bestimmbare Anzahl von Vertretern des jeweiligen Systems steht, keine erkennbare Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber aufweist. Es werden bei einem solchen Vergleich umfassende Systeme, die auf verschiedenen Wegen die gleichen wirtschaftlichen Probleme zu bewältigen versuchen, einander gegenübergestellt, wobei die Vor- und Nachteile der Systeme erörtert werden (124). Es wird aber weder ein bestimmter Mitbewerber angegriffen noch werden die Waren einzelner Konkurrenten herabgesetzt. Dadurch, daß der Werbende als Anhänger des einen Systems die Schwächen des Gegen-systems aufdeckt, werden einzelne Mitbewerber nicht unmittelbar, son-

(123) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.45.

(124) Vgl. D.Reimer, aaO., S.70.

dem nur mittelbar, "in ihrer Eigenschaft als Vertreter eines Systems", betroffen (125). Eine solche mittelbare Beeinträchtigung muß der Wettbewerber jedoch hinnehmen. Sie ist eine Folge jeder wirksamen Werbung, die den eigenen Kundenkreis auf Kosten der Mitbewerber vergrößert.

So gesehen, enthält jede Werbung ein vergleichendes Element, und auch der Systemvergleich macht die "immanente Werbeaussage" (126): "Mein System ist im Ergebnis besser als das andere und bietet die günstigeren Leistungen." Diese Anpreisung kann jedoch nicht als gezielte Bezugnahme auf einzelne konkrete Mitbewerber angesehen werden.

Der Systemvergleich - weder der technische noch der wirtschaftliche - enthält in der Regel keine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber und ist somit kein Fall der verbotenen vergleichenden Werbung, sondern eine zulässige Werbemaßnahme eigener Art.

2. Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit des Systemvergleichs wenden sich im Schrifttum v.Godin-Hoth (127). Sie führen aus, da der einzelne Käufer immer nur einige wenige Vertreter des Gegensystems kenne, würden auch von einem Systemvergleich immer nur ganz bestimmte Mitbewerber erkennbar betroffen, nämlich jeweils die dem einzelnen Käufer bekannten Konkurrenten. Diese Auffassung geht von jenem weiten Begriff der erkennbaren Bezugnahme aus, der in der Formel des OLG Düsseldorf (128) zum Ausdruck kommt, wonach es genügt, wenn der Werbende "nur einen Teil der Mitbewerber deutlich in der Vorstellung der Kauflustigen aufsteigen läßt".

Es ist bereits darauf hingewiesen worden (129), daß eine erkennbare Bezugnahme nur dann vorliegt, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verbraucher bestimmte Mitbewerber als betroffen ansieht und die objektiven Begleitumstände der Werbung eine Bezugnahme deutlich erkennen lassen. Eine Ideenassoziation des einzelnen Umworbenen genügt jedoch nicht. Es liegt also bei einem Systemvergleich nicht schon dann eine erkennbare Bezugnahme vor, wenn der umworbene Kunde an diesen oder jenen Vertreter des Gegensystems denkt, wobei überdies die einzelnen Kunden jeweils

(125) So Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.45.

(126) Vgl. Tetzner, WRP 1962, 281 (282); Illert, aaO., S.53.

(127) v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.31.

(128) OLG Düsseldorf, GRUR 1955, 427 (428); zustimmend Tetzner, § 1 UWG

(129) Vgl. hierzu oben S.27.

/Anm.137.

an verschiedene Konkurrenten denken, sondern es muß sich aus objektiven Umständen eine gezielte Bezugnahme auf individuell bestimmbare Mitbewerber ergeben. Der Auffassung von v.Godin-Hoth, die von einem verfehlten Begriff der erkennbaren Bezugnahme ausgeht, kann also nicht gefolgt werden.

3. Da der Systemvergleich keine erkennbare Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber enthält, erfüllt er nicht den Tatbestand der vergleichenden Werbung und ist somit in der Regel zulässig. Hieraus ergibt sich auch, daß der Systemvergleich - entgegen der bis heute in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Meinung (130) - keine Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung ist, da er deren Tatbestand überhaupt nicht erfüllt. Diese dogmatisch richtige Einordnung des Systemvergleichs ist in der neueren Literatur teilweise erkannt worden (131). Dennoch wird diese Erkenntnis nicht konsequent durchgeführt, da einige dieser Autoren (132) den Systemvergleich nach wie vor zu den Ausnahmen vom Vergleichsverbot zählen.

In diesem Zusammenhang ist auch Kraft (133) entgegenzutreten, der im Systemvergleich ein typisches Beispiel für einen durch Interessenabwägung begründeten Ausnahmefall von dem grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung sieht. Kraft meint, hier hätten "öffentliche Belange zu einer Überwindung des negativen Bewertungsfaktors der vergleichenden Werbung" geführt und verweist auf die Entscheidungen des RG und des BGH (134), die in ihrer Begründung anführen, ein Verbot des Systemvergleichs hindere die Fort-

(130) Vgl. OLG Düsseldorf, GRUR 1956, 473; OLG München, GRUR 1959, 196; OLG Köln, GRUR 1962, 102 (103); H.Droste, GRUR 1951, 140 (142); Tetzner, NJW 1953, 87 (88); Seubert, BB 1960, 965 (966); Wenzel, NJW 1962, 81 (82); Ulmer, Unlauterer Wettbewerb, Bd.I, EWG, S.127; Bergmann, aaO., S.173; Gödde, aaO., S.56.

(131) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.34, 45; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S.54; H.Droste, WuW 1954, 519; D.Reimer, aaO., S.70, 88; Spengler, DW 1960, 75 (76); Borck, WRP 1961, 76; Jörg, aaO., S.27.

(132) Vgl. z.B. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.25, 38; Spengler, DW 1960, 75 (76).

(133) Kraft, aaO., S.226; ähnlich Ingelmann, WRP 1960, 179.

(134) Vgl. RG, GRUR 1933, 256 (258); 1935, 382 (384); 1937, 941 (946); BGH, GRUR 1952, 416 (417).

entwicklung von Wirtschaft und Technik. Hierzu ist zu bemerken, daß auch die Rechtsprechung in erster Linie immer den Gesichtspunkt der fehlenden Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber für die Begründung der Zulässigkeit des Systemvergleichs heranzieht (135), während das Argument der Behinderung der Entwicklung von Wirtschaft und Technik nur als zusätzliche Erwägung dient. Wenn jedoch wie hier festgestellt wird, daß der Systemvergleich wegen fehlender Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber nicht unter den Tatbestand der vergleichenden Werbung fällt, so ist er schon aus diesem Grunde zulässig, wobei es auf die zusätzlichen Begründungen nicht mehr ankommt. Die Zulässigkeit des Systemvergleichs ergibt sich also aus der tatbestandlichen Abgrenzung zur vergleichenden Werbung und nicht aus einer Interessenabwägung.

IV. ABGRENZUNG ZUM FORTSCHRITTSVERGLEICH

1. Aus der Erkenntnis, daß beim Systemvergleich keine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber erfolgt, ergibt sich auch der grundlegende dogmatische Unterschied zwischen Systemvergleich und Fortschrittsvergleich, der hier nur angedeutet werden soll. Da der Systemvergleich nicht unter den Tatbestand der vergleichenden Werbung fällt, ist er in der Regel zulässig. Erfolgt jedoch bei einem Systemvergleich eine direkte oder indirekte Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber, wird er, auch wenn alle anderen Voraussetzungen eines Systemvergleichs vorliegen, zur verbotenen vergleichenden Werbung und damit unzulässig (136).

Demgegenüber wird bei einem Fortschrittsvergleich auf das Erzeugnis eines bestimmten Mitbewerbers hingewiesen, um bei einem Vergleich des neuartigen mit dem älteren Erzeugnis den Fortschritt der Technik darzulegen. Da hier also eine erkennbare Bezugnahme auf einen bestimmten Mitbewerber erfolgt, liegt grundsätzlich eine verbotene vergleichende Werbung vor, die nur unter besonderen Voraussetzungen, wenn sie "zur Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden technischen Fortschritts notwendig" ist, im Einzelfall als erlaubt angesehen wird (137). Der Fortschrittsvergleich ist also im Gegen-

(135) Vgl. z.B. RG, GRUR 1938, 443 (445); 1944, 154 (155); BGH, GRUR 1952, 416 (417).

(136) So auch klar BGH, GRUR 1961, 237 (240); OLG Nürnberg, WRP 1967, 412 (413).

(137) Vgl. BGH, GRUR 1961, 85 (90).

satz zum Systemvergleich eine echte Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung.

2. Eine klare Trennung der Tatbestände des System- und Fortschrittsvergleichs wird bis heute nicht konsequent durchgeführt (138). Dies beruht vor allem auf der unklaren Rechtsprechung des RG zu dieser Frage. In mehreren Entscheidungen (139) hat das RG ausgeführt, auch wenn bei der Gegenüberstellung der Systeme eine Bezugnahme auf bestimmte Konkurrenten erfolgt sei, müsse dieser Vergleich ausnahmsweise als Systemvergleich zulässig sein, da er zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts unumgänglich notwendig gewesen sei. Das RG hat hier also System- und Fortschrittsvergleich nicht genau getrennt und Werbemaßnahmen, die in Wirklichkeit als ausnahmsweise zulässiger Fortschrittsvergleich zu beurteilen waren, als Systemvergleich bezeichnet.

3. Aus diesen Entscheidungen hat Droste (140) gefolgert, daß das RG seine Rechtsprechung zum Systemvergleich aufgegeben habe und daß an dessen Stelle der sogenannte notwendige Vergleich (Fortschrittsvergleich) getreten sei. Er kommt daher zu dem Schluß, daß der Systemvergleich, da er durch die Rechtsentwicklung überholt und überflüssig geworden sei, abgeschafft werden müsse und durch den notwendigen Vergleich zu ersetzen sei.

Diese Ansicht ist weder aus der Rechtsprechung des RG zu belegen noch dogmatisch haltbar. Das RG hat in seiner letzten Entscheidung zum Systemvergleich (141) betont, daß ein Systemvergleich, der eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber enthält, als verbotene vergleichende Werbung anzusehen sei. Ein solcher Vergleich sei grundsätzlich unzulässig und nur ausnahmsweise erlaubt, wenn er zur Darlegung eines Fortschritts unbedingt notwendig sei. Aus dem ersten Satz dieser Ausführungen ergibt sich deutlich, daß ein Systemvergleich, der keine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber enthält, nicht als verbotene ver-

(138) Vgl. zuletzt BGH, WRP 1967, 311 (313). Zur Entwicklung der Rechtsprechung zum Fortschrittsvergleich siehe unten S. 57 ff.

(139) Vgl. z.B. RG, MuW 1933, 121 (122); GRUR 1937, 941 (946); GRUR 1938, 533 (536); GRUR 1940, 308 (310, 311).

(140) H. Droste, GRUR 1951, 140 (143); zustimmend Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 44 a.E.

(141) RG, GRUR 1944, 154 (155).

gleichende Werbung zu betrachten ist und somit in der Regel zulässig ist. Die Behauptung, das RG habe den Systemvergleich aufgegeben und durch den Fortschrittsvergleich ersetzt, läßt sich also nicht aufrechterhalten.

Das entscheidende Argument gegen die Meinung Drostes ist jedoch, daß die Voraussetzungen des Fortschrittsvergleichs nicht auf den Systemvergleich übertragen werden können. Dies läßt sich besonders deutlich beim Vergleich von Wirtschaftssystemen feststellen. Wie schon oben ausgeführt wurde, ist der wirtschaftliche Systemvergleich in der Regel zulässig, weil bei einem Vergleich zweier umfassender Wirtschaftssysteme mit einer unübersehbaren Anzahl von Anhängern beider Systeme keine bestimmten Mitbewerber erkennbar betroffen werden. Diese fehlende Bezugnahme ist die entscheidende und ausreichende Tatbestandsvoraussetzung des Systemvergleichs (142), auf die Darlegung eines Fortschritts kommt es daher für seine Zulässigkeit nicht mehr an, so daß für den Systemvergleich keine Notwendigkeit der Fortschrittsverdeutlichung erforderlich ist (143).

Dieses Ergebnis entspricht auch den Anforderungen der Werbepaxis. Es ist nicht einzusehen, warum der Vergleich zweier Wirtschaftssysteme, z.B. des Barzahlungs- und Kreditsystems, des privaten Einzelhandels und des Genossenschaftssystems oder zweier verschiedener Vertriebssysteme nur zulässig sein soll, wenn das vomwerbenden vertretene System einen Fortschritt verkörpert (144). Eine solche Forderung würde zudem die Vertreter neuerer Systeme ungerechtfertigt privilegieren, da nur ihnen, nicht aber den Anhängern älterer Systeme, die Werbemöglichkeit des Systemvergleichs vorbehalten wäre (145). Es kann den Vertretern älterer Systeme jedoch nicht verwehrt werden, auch in ihrer Werbung auf die Vor- und Nachteile der Systeme hinzuweisen. Für einen wirtschaftlichen Systemvergleich ist daher nur zu verlangen, daß die Systemunterschiede dargelegt werden. Derwerbende kann natürlich, wenn das von ihm vertretene System einen Fortschritt enthält, diesen in seiner Werbung herausstellen, was er in der Regel auch tun wird, er muß jedoch keinen Fortschritt seines Systems nachweisen.

(142) Auf die anderen Voraussetzungen, wie Vorliegen zweier Systeme, Wahrheit und Sachlichkeit des Vergleichs, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. - Vgl. dazu unten S.43 ff.

(143) Im Ergebnis ebenso Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.48; D.Reimer, aaO., S.76.

(144) Vgl. D.Reimer, aaO., S.76.

(145) Ähnlich schon OLG Bamberg, GRUR 1953, 255 (257).

4. Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß bei der Prüfung der Frage, ob eine Werbemaßnahme als verbotene vergleichende Werbung oder als Systemvergleich anzusehen ist, zunächst geklärt werden muß, ob eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber vorliegt. Wird diese Frage bejaht, kann die Werbung kein Systemvergleich mehr sein. Es ist vielmehr der Tatbestand der vergleichenden Werbung gegeben, die nur dann zulässig ist, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes, z.B. des Fortschrittsvergleichs vorliegen.

Der wirtschaftliche Systemvergleich ist in der Regel zulässig, weil er keine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber enthält. Die Darlegung eines Fortschritts ist im Rahmen eines solchen Vergleichs nicht erforderlich.

V. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ZULÄSSIGKEIT DES WIRTSCHAFTLICHEN SYSTEMVERGLEICHS

Nachdem die grundsätzliche Zulässigkeit des wirtschaftlichen Systemvergleichs geklärt ist, soll noch ein kurzer Überblick über die einzelnen von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines solchen Vergleichs im konkreten Fall gegeben werden. Der Systemvergleich muß im wesentlichen folgenden vier Anforderungen genügen (146):

- a) Es müssen wirklich "Systeme" miteinander verglichen werden.
- b) Es darf keine erkennbare Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber erfolgen.
- c) Der Vergleich muß sich in den Grenzen der Sachlichkeit und Gegenständigkeit halten.
- d) Der Vergleich muß wahr sein.

1. Die erste Voraussetzung für einen zulässigen Systemvergleich ist hiernach, daß der Werbende wirklich zwei "Systeme" miteinander vergleicht und nicht etwa unter dem Deckmantel eines angeblichen "Systemvergleichs" in Wirklichkeit einen verbotenen Warenvergleich durchführt (147). Wenn in der

(146) Aufbau in Anlehnung an D.Reimer, aaO., S.81.

(147) Auf diese Gefahr weist besonders E.Reimer, Kap.78 Anm.12 hin.
Vgl. auch Tetzner, NJW 1953, 87 (88).

Literatur von den "schwer voneinander abzugrenzenden Begriffen Ware und System" (148) gesprochen wird, so bezieht sich diese Aussage vor allem auf den technischen Systemvergleich und den Vergleich von Warenarten, wo die Rechtsprechung den Begriff des "Systems" mitunter sehr weit ausgedehnt hat (149). Bei dem hier interessierenden Vergleich von Wirtschaftssystemen ist eine Abgrenzung jedoch nicht so schwierig, und es läßt sich bei einer Durchsicht der Entscheidungen zum wirtschaftlichen Systemvergleich feststellen, daß die Rechtsprechung fast durchweg in diesen Fällen das Vorliegen zweier Wirtschaftssysteme zu Recht bejaht hat (150).

a) Geht man vom Wortlaut des Begriffs "System" aus, so versteht man darunter im allgemeinen einen einheitlich geordneten Aufbau, ein Ordnungsprinzip oder, im philosophischen Sinne, "die Ordnung von Gedanken, Erkenntnissen, Lehren nach einem einheitlichen Prinzip oder Gesichtspunkt" (151). Wenn man diese Begriffselemente auf das Wirtschaftsleben überträgt, kann von einem Vergleich zweier Wirtschaftssysteme immer dann gesprochen werden, wenn sich

1. verschiedene wirtschaftliche Prinzipien oder Prinzipien der Ge-

(148) So Ulmer, DW 1962, 43 (50).

(149) Zum technischen Systemvergleich vgl. z.B. RG, MuW 1934, 417 (420). Das RG hat hier den Vergleich eines Drehbleistifts mit einem gewöhnlichen Holzbleistift für zulässig erklärt, da es sich um verschiedene "Bleistiftsysteme" handele. Kritisch Hefermehl, der zutr. ausführt, der Unterschied habe lediglich in einer geringfügigen technischen Neuerung gelegen, die keine Systemverschiedenheit begründete. Es habe sich also um das gleiche System (Bleistiftsystem) gehandelt. Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.42. Im gleichen Sinne LG Karlsruhe, DW 1967, 39, das in einem ähnlichen Fall (Vergleich eines neuartigen "Wegwerf-Kugelschreibers" mit den herkömmlichen Kugelschreibern mit Ersatzminen) eine Systemverschiedenheit ablehnt.

Zum Vergleich von Warenarten vgl. unten S. 46 f.

(150) D.Reimer, aaO., S.82, meint, die Gerichte hätten die Aufgabe zu bestimmen, wann ein System vorliegt und wann nicht, bisher "ziemlich mühelos gemeistert". Dem kann jedoch nur für den Bereich des wirtschaftlichen Systemvergleichs zugestimmt werden.

(151) Metzke, Handlexikon der Philosophie, S.290, Stichwort "System".

schäftspolitik gegenüberstehen (152) (Schulfälle: Konsumgenossenschaften - privater Einzelhandel, Barverkaufs- und Abzahlungssystem) oder wenn

2. verschiedene Möglichkeiten zur Ordnung eines wirtschaftlichen Vorganges miteinander verglichen werden (153), z.B. Vergleich zweier Vertriebssysteme wie Versandhandel gegenüber ortsfestem Laden-Einzelhandel.

Diese Richtlinien dürfen nicht als eine abschließende Definition des "Wirtschaftssystems" angesehen werden. Eine solche wird hier auch nicht angestrebt, da es, wie überall im Wettbewerbsrecht, immer auf die besonderen Umstände des Einzelfalles ankommt. Entscheidend ist jedenfalls nicht, ob der Werbende den Ausdruck "System" gebraucht, sondern ob in der Werbung nach ihrem "werblichen Sinngehalt" (154) wirklich zwei voneinander unterschiedliche (155) Wirtschaftssysteme verglichen werden, wobei die Vor- und Nachteile der Systeme geschildert werden, ohne daß eine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber erkennbar wird (156).

b) Zur Verdeutlichung dieser Grundsätze sollen aus der Werbepraxis noch einige Beispiele für einen wirtschaftlichen Systemvergleich angeführt werden. Eine Bank wirbt durch einen Prospekt, auf dem es heißt: "Übrigens, Sie brauchen keine Kreditvermittler. Stellen Sie Ihren Antrag immer direkt bei uns. So sparen Sie unnütze Kosten." Hier werden die Vorteile einer Darlehns- und Kreditaufnahme unmittelbar bei der Bank gegenüber dem Umweg über einen gewerblichen Kreditvermittler dargelegt. Es wird ein Vergleich zum System der Kreditvermittlung gezogen, von dem alle und nicht bestimmte einzelne Kreditvermittler betroffen sind (157). Ebenso ist ein Werbeschreiben zu beurteilen, in dem der Direktbezug von Waren durch eine "Gemeinnützige Käu-

(152) Vgl. D.Reimer, aaO., S.81.

(153) Ähnlich Seubert, BB 1960, 965 (966).

(154) Vgl. Tetzner, JZ 1962, 275.

(155) Vgl. BGH, GRUR 1954, 337 (341). Der BGH hat hier einen technischen Systemvergleich deswegen verneint, weil die Werbung des Bekl. ein technisch gleichartiges Fabrikat betraf. Es fehlte also an der Gegenüberstellung verschiedener technischer Systeme.

(156) Vgl. D.Reimer, aaO., S.82.

(157) Vgl. OLG München, NJW 1965, 1669.

fer-Vereinigung" mit dem Bezug über den regulären Zwischenhandel verglichen wird (158).

Auch das Discountsystem als "neuartiges eigenständiges Vertriebssystem" (159) oder "besondere Einzelhandelsvertriebsform" (160) sowie Systeme des Direktverkaufs wie z.B. das Kaufscheinsystem (161) können Gegenstand eines Systemvergleichs sein. Die in jüngster Zeit mit großem Werbeaufwand verbreitete Ankündigung der Abschaffung der Rabattmarken kann ebenfalls einen Systemvergleich enthalten, wenn in der Werbung das System der Rabattgewährung mit der niedrigen Preiskalkulation ohne Rabatt verglichen wird, z.B. durch den Werbeslogan: "Statt Rabatt gleich Tiefpreise!"

Ein Gebrauchtwagenhändler wirbt mit folgender Anzeige: "Ob Gebrauchtwagen mit Garantiekarte besser sind, ist nicht sicher. Aber sicher ist es besser, Gebrauchtwagen mit Garantiekarte zu kaufen. Weil sie Ihnen das Risiko abnimmt. Nicht Sie tragen es, sondern wir." In dieser Werbung werden zwei Angebotsarten, nämlich der Verkauf von Gebrauchtwagen mit und ohne Garantiekarte gegenübergestellt. Betroffen ist durch diesen Vergleich eine nicht überschaubare Anzahl von Händlern, die Gebrauchtwagen ohne Garantiekarte verkaufen. Eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber liegt nicht vor, die Werbung ist als Systemvergleich zulässig (162).

c) Die Rechtsprechung (163) hat auch den Vergleich zweier Warenarten als Systemvergleich bezeichnet, z.B. Gegenüberstellung von naturreinem und koffeinfreiem Bohnenkaffee, echtem Rum und Rum-Verschnitt sowie

(158) Vgl. OLG München, WRP 1959, 147.

(159) Vgl. LG Duisburg und LG Heidelberg, DW 1963, 23, 24.

(160) So kennzeichnet Haberkorn, WRP 1966, 393, das Discountsystem. Vgl. auch v. Gamm, aaO., S. 78, der es für möglich hält, daß sich ein Systemvergleich mit dem Discountsystem befaßt.

(161) Burmann, II 903, 4 sieht im Kaufscheinsystem "ein nach anderen Leitsätzen funktionierendes Verkaufssystem".

Kritisch jedoch Hiersemann, WRP 1960, 327 (332) mit weit. Angaben. Zum Kaufscheinsystem vgl. auch BGH, DW 1965, 18 ff.

(162) Vgl. DW 1967, 31 (32).

(163) Vgl. RG, GRUR 1931, 986; OLG Düsseldorf, BB 1964, 446; LG Düsseldorf, BB 1964, 105. Zust. im Schrifttum D. Reimer, aaO., S. 81; Tetzner, § 1 UWG Anm. 133; Bussmann-Pietzcker-Kleine, aaO., S. 54; Lieb, aaO., S. 158 ff.; Gödde, aaO., S. 129.

naturellem und gezuckertem Sekt. Die Einbeziehung des Warenartenvergleichs in den Systemvergleich ist jedoch abzulehnen, da hierdurch der Begriff des "Systems" zu weit ausgedehnt wird und eine klare Abgrenzung zur vergleichenden Werbung fast unmöglich wird. In Wirklichkeit sind die oben beispielhaft genannten Warenarten weder wirtschaftliche noch technische "Systeme", sondern lediglich sich geringfügig voneinander unterscheidende Warengattungen. Die Gefahr, daß ein gewöhnlicher Warenvergleich als Systemvergleich getarnt wird, ist in diesen Fällen besonders groß. Hefermehl (164) weist zutreffend darauf hin, daß sich bei einem so weiten Begriff des Systems letztlich jeder Warenvergleich auf den Nenner eines Systemvergleichs bringen lasse, indem der Werbende behauptet, er habe das bessere Herstellungssystem.

Der Vergleich von Warenarten ist nicht als Systemvergleich anzusehen, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen der vergleichenden Werbung zu beurteilen (165).

2. Das zweite Erfordernis für die Zulässigkeit des Systemvergleichs ist das Fehlen einer erkennbaren Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber. Dies ist, wie schon dargelegt wurde (166), die entscheidende Tatbestandsvoraussetzung des Systemvergleichs. Jede direkte oder indirekte Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber macht einen an sich zulässigen Systemvergleich zu einer unzulässigen vergleichenden Werbung.

a) Diesen Grundsatz hat die Rechtsprechung nicht konsequent durchgeführt. Besonders das RG hat, wie bei der Abgrenzung von System- und Fortschrittsvergleich gezeigt wurde (167), in mehreren Entscheidungen trotz erkennbarer Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber einen Systemvergleich angenommen. In diesen Fällen hätte, da der Tatbestand der vergleichenden Werbung erfüllt war, geprüft werden müssen, ob ein Ausnahmefall vom Verbot der vergleichenden Werbung vorliegt. Als Systemvergleich kann eine solche Werbemaßnahme jedenfalls nicht mehr beurteilt werden.

(164) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.42.

(165) Dies hat zur Folge, daß, wenn bei dem Vergleich eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber erfolgt, dieser in der Regel unzulässig ist. Er kann jedoch ausnahmsweise zulässig sein, wenn die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes vorliegen.

(166) Siehe oben S.37 ff.

(167) Siehe oben S.41.

Nach einer neuerdings vertretenen Ansicht (168) soll ein Systemvergleich nicht unzulässig sein, wenn sich die erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Konkurrenten aus objektiven Umständen der Werbung ergibt, z.B. weil das kritisierte System nur einen kleinen und überschaubaren Kreis von Anhängern hat oder die Vertreter des Gegensystems auf Grund der Branchenkenntnis der angesprochenen Abnehmer deutlich betroffen sind. Hierdurch wird die für die vergleichende Werbung vorgeschlagene Einschränkung des Begriffs der erkennbaren Bezugnahme (169) auf den Systemvergleich übertragen. Die gleichen Erwägungen, die dort gegen eine einschränkende Auslegung sprachen (170), lassen auch beim Systemvergleich eine abweichende Beurteilung nicht zu. Der Begriff der Bezugnahme ist einheitlich objektiv zu verstehen, d.h. eine erkennbare Bezugnahme ist auch dann zu bejahen, wenn sie sich aus vom Werbenden nicht zu vertretenden objektiven Umständen wie den besonderen Marktverhältnissen ergibt. Ein Systemvergleich, bei dem die Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber aus den Marktverhältnissen oder auf Grund der Branchenkenntnis der angesprochenen Abnehmer erkennbar wird, kann daher nicht mehr als Systemvergleich, sondern nur noch als Ausnahmefall, z.B. als Fortschrittsvergleich, zulässig sein.

b) Eine direkte Bezugnahme auf einen bestimmten Mitbewerber im Rahmen eines wirtschaftlichen Systemvergleichs lag im folgenden Fall vor: Eine Vereinigung von Einzelhändlern verschickt Werbeschreiben, in denen die Vorteile des Bezugs bestimmter Maschinen durch den Einzelhandel gegenüber dem Bezug durch Einkaufsgenossenschaften geschildert werden. Die Hauptkonkurrentin, eine bestimmte Einkaufsgenossenschaft, wird in dem Schreiben namentlich erwähnt. Diese Werbemaßnahme ist als vergleichende Werbung unzulässig, auch wenn sie in die äußere Form eines Systemvergleichs eingekleidet ist (171).

c) Ein wirtschaftlicher Systemvergleich kann auch eine versteckte oder unausgesprochene Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber enthalten. In einem

(168) Vgl. OLG München, WRP 1958, 148; ähnlich BGH, WRP 1967, 313; In- gelmann, WRP 1960, 179; Spengler, DW 1960, 77; Lieb, aaO., S.155.

(169) Siehe oben S.28 f.

(170) Siehe oben S.28 ff.

(171) So klar BGH, GRUR 1953, 37 (39). Das Berufungsgericht, OLG Hamburg, GRUR 1952, 195, hatte in diesem Fall einen zulässigen Systemvergleich angenommen.

solchen Fall kommen die schon erörterten (172) Grundsätze über die Feststellung einer indirekten Bezugnahme zur Anwendung. Danach ist ein wirtschaftlicher Systemvergleich unzulässig, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise bestimmte Mitbewerber als betroffen ansieht und die Bezugnahme aus den objektiven Begleitumständen der Werbung deutlich erkennbar wird. Zwei Beispiele sollen der Verdeutlichung dieser Grundsätze dienen:

Eine Konsumgenossenschaft hält in einem kleinen Ort von 3000 Einwohnern eine Versammlung ab, auf der die Vorteile der Konsumgenossenschaften hervorgehoben werden und die niedrigen Preise des örtlichen Konsumladens mit den höheren Preisen der gewöhnlichen Einzelhandelsgeschäfte verglichen werden. Hier erkennen die Versammlungsteilnehmer infolge der besonderen örtlichen Verhältnisse sofort, welche Mitbewerber von dieser Werbung betroffen sind. Der Preisvergleich nimmt eindeutig Bezug auf die wenigen ortsansässigen Einzelhändler, so daß unzulässige vergleichende Werbung vorliegt (173).

Ein Pelzhändler, der in verschiedenen Städten Ausstellungen seiner Pelze veranstaltet und diese zum Verkauf anbietet, kündigt in einer lokalen Tageszeitung eine solche Ausstellung für einen bestimmten Termin an. Zwei Tage später, am Tage der Ausstellung, erscheint in derselben Zeitung die Anzeige eines ortsansässigen Pelzgeschäfts, in der die Vorzüge eines ortsansässigen Fachgeschäfts gegenüber dem Verkauf von Pelzen durch fliegende Händler dargelegt werden. Hierin könnte ein zulässiger Vergleich zweier Wirtschaftssysteme liegen. Durch die Begleitumstände der Werbung, besonders die zeitliche Aufeinanderfolge der Werbemaßnahmen, wird jedoch eine gezielte Bezugnahme auf den auswärtigen Händler erkennbar. Damit ist der Tatbestand der vergleichenden Werbung erfüllt, der angebliche "Systemvergleich" ist unzulässig (174).

3. Die Zulässigkeit eines wirtschaftlichen Systemvergleichs setzt weiter voraus, daß er sich in den Grenzen der Sachlichkeit und Gegenständlichkeit hält (175).

(172) Siehe oben S.22 ff.

(173) Vgl. BGH, GRUR 1959, 488 (489).

(174) Vgl. OLG Nürnberg, WRP 1956, 129 (131).

(175) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.46; D.Reimer, aaO., S.99, jeweils mit weiteren Angaben.

a) Da es sich bei dieser Werbemaßnahme um einen Vergleich zweier Wirtschaftssysteme handelt, muß der Werbende die Vorteile und Nachteile der Systeme in sachlicher und gegenständlicher Weise erörtern. Es genügt daher nicht, wenn in der Werbung lediglich die Vorzüge des angepriesenen Systems einseitig herausgestellt werden, ohne daß eine Abwägung der Vor- und Nachteile des zum Vergleich herangezogenen Systems erfolgt (176). Unzulässig ist auch die Verwendung suggestiver Schlagworte (177), die keine sachliche Nachprüfung erlauben und den Kunden gefühlsmäßig gegen das andere System einnehmen oder ihn vor dem Kauf bei einem Vertreter des angegriffenen Systems warnen, wie z.B. der Werbeslogan: "Stärken Sie nicht die Macht der Großkonzerne! Kaufen Sie nicht im Warenhaus, sondern bei Ihrem Einzelhändler."

b) Das Gebot der Sachlichkeit des Systemvergleichs erfordert weiter, daß er keine persönlichen oder ehrverletzenden Angriffe enthält (178). Wenn z.B. bei dem Vergleich einer bestimmten Verkaufsorganisation mit dem regulären Zwischenhandel besonders hervorgehoben wird, der empfohlenen Verkaufsorganisation gehörten nur "seriöse" Kauflleute an, so liegt hierin ein versteckter persönlicher Angriff gegen die Vertreter des anderen Systems, die als unseriös charakterisiert werden. Eine solche Behauptung verläßt den Boden der Sachlichkeit und ist nicht zulässig (179).

c) Schließlich darf das zum Vergleich herangezogene System nicht unnötig oder unsachlich herabgesetzt werden. Aus der Vielzahl von Entscheidungen (180), die einen Systemvergleich wegen unsachlicher Äußerungen für unzulässig erklärt haben, soll nur ein Beispiel angeführt werden: Ein Lebensmittelgroßhändler verschickt an seine Abnehmer ein Werbeschreiben, in dem von erheblichen Unterschlagungen bei einer Genossenschaft des Lebensmittelgroßhandels berichtet wird, die für die Mitglieder finanzielle Verluste mit sich gebracht hätten. Anschließend wird in polemischer Weise vor der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft gewarnt und zum Schluß folgt der Satz: "Die Dummen sterben ja bekanntlich nicht aus." Auch wenn die am Anfang be-

(176) Vgl. OLG Köln, GRUR 1962, 102 (103).

(177) Vgl. BGH, GRUR 1958, 485 (487).

(178) Vgl. D.Reimer, aaO., S.99 mit weiteren Angaben.

(179) Vgl. OLG München, GRUR 1959, 612 (613).

(180) Vgl. z.B. RG, GRUR 1930, 200 (201); GRUR 1932, 729 (731); GRUR 1938, 443 (445); GRUR 1940, 50 (54); OLG Bamberg, GRUR 1953, 255 (257). Weitere Beisp. aus der Rspr. d. RG bei D.Reimer, aaO., S.100 ff.

haupteuten Tatsachen der Wahrheit entsprechen, ist diese systemvergleichende Werbung in jedem Falle unzulässig, da keine sachliche Erörterung der Vor- und Nachteile der Systeme erfolgt, sondern das angegriffene System der Genossenschaften unnötig und unsachlich herabgesetzt wird (181).

4. Die letzte Voraussetzung für einen zulässigen Systemvergleich ist die Wahrhaftigkeit des Vergleichs.

a) Hieraus folgt zunächst, daß er keine bewußt oder leichtfertig aufgestellten unwahren Behauptungen enthalten darf, da das angesprochene Publikum auf die positiven Angaben vertraut (182).

b) Streitig ist, wie das Verschweigen von Mängeln des eigenen und Vorzügen des kritisierten Systems zu beurteilen ist. Während einerseits verlangt wird, die Anforderungen an die Wahrheit des Systemvergleichs könnten "nicht hoch genug" sein (183) und es sei "unbedingte Richtigkeit und Objektivität der Vergleichung des Für und Wider der beiden Systeme" zu fordern (184), nimmt die h.M. zu Recht eine weniger strenge Haltung ein.

c) Der BGH (185) betont zwar, für denwerbenden ergebe sich bei einem Systemvergleich eine Pflicht zu größerer Vollständigkeit der tatsächlichen Angaben als bei der sonstigen Werbung, wobei sich diese Angaben auf die maßgeblichen Merkmale beider Systeme erstrecken müßten, geht aber im übrigen von der zutreffenden Erkenntnis aus, daß jede Werbung ein subjektives Element enthält, was dem Publikum auch bekannt ist. Der angesprochene Kunde erwartet deshalb von einem Systemvergleich auch keine völlig neutrale Stellungnahme oder eine vollständige und objektive Darstellung aller Vor- und Nachteile der verglichenen Systeme, sondern nimmt eine "subjektive Färbung" (186) des Systemvergleichs in Kauf. Erst wenn durch das Ver-

(181) Vgl. OLG Stuttgart, DW 1957, 22.

(182) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.46; D.Reimer, aaO., S.108, jeweils mit weiteren Angaben aus der Rechtsprechung.

(183) So EA IHK München, WRP 1957, 362 (363).

(184) So LG Stuttgart, GRUR 1955, 54 (55). Im Ergebnis ebenso v.Godin-Hoth, § 1 UWG Anm.31; Brandt, MA 1954, 741 (752).

(185) Vgl. BGH, GRUR 1952, 416 (417, 418); st.Rspr. des BGH, vgl. zuletzt BGH, GRUR 1967, 30 (33); WRP 1967, 311 (314).

(186) So BGH, GRUR 1952, 416 (417). Zust. im Schrifttum Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.46; Tetzner, NJW 1953, 87 (90); D.Reimer, aaO., S.106.

schweigen für das Gesamtbild wesentlicher Mängel des eigenen oder Vorzügen des Gegensystems ein falscher Gesamteindruck entsteht und damit eine Irreführung des Verkehrs erfolgt, wird ein solcher Systemvergleich unlauter.

VI. ZUSAMMENFASSUNG

Als Ergebnis des ersten Teils der Arbeit ist festzuhalten:

Der wirtschaftliche Systemvergleich ist eine nach § 1 UWG zulässige Wettbewerbsmaßnahme, wenn er die nachfolgend dargelegten Voraussetzungen erfüllt. Er ist keine Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung, sondern eine zulässige Werbemaßnahme eigener Art. Bei dem Vergleich von Wirtschaftssystemen ist die Darlegung eines Fortschritts nicht erforderlich.

Die Zulässigkeit des wirtschaftlichen Systemvergleichs hängt von folgenden Voraussetzungen ab:

1. Es müssen zwei Wirtschaftssysteme miteinander verglichen werden.
2. Es darf keine erkennbare Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber erfolgen.
3. Der Vergleich muß sachlich und gegenständlich sein.
4. Der Vergleich muß wahr sein.

2. Teil

DER WIRTSCHAFTLICHE FORTSCHRITTSVERGLEICH ALS AUSNAHME VOM VERBOT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

Nach der Untersuchung des wirtschaftlichen Systemvergleichs soll in diesem Teil der Arbeit der Frage nachgegangen werden, ob ein Werbevergleich, der der Verdeutlichung eines wirtschaftlichen Fortschritts dient und hier kurz als wirtschaftlicher Fortschrittsvergleich bezeichnet werden soll, als Ausnahmefall vom Verbot der vergleichenden Werbung anzuerkennen und damit als eine wettbewerbsrechtlich zulässige Werbemaßnahme zu betrachten ist. Ein Fortschrittsvergleich, der bisher von der Rechtsprechung nur auf technischem Gebiet als zulässig angesehen wird (1), liegt z.B. dann vor, wenn in einem Werbespruch die Vorzüge einer neuartigen Klebstoff-Dose, die ohne weitere Zubehörteile eine Verkrustung und Verfärbung des Leims verhindert, gegenüber der älteren Dose, die denselben Effekt nur mit Hilfe eines besonderen "Sparringes" erzielt, dargestellt werden (2).

Neben der Veranschaulichung eines technischen Fortschritts kann sich jedoch für den Gewerbetreibenden die Notwendigkeit ergeben, auch einen wirtschaftlichen Fortschritt in der Werbung herauszustellen, selbst wenn hierbei bestimmte Mitbewerber betroffen werden. Wenn sich z.B. mehrere Unternehmer, die eiserne Fässer und Gefäße herstellen, zusammenschließen und sich verpflichten, die Produktion auf bestimmte Standardtypen zu beschränken (3), so ergeben sich aus dieser Rationalisierungsmaßnahme erhebliche wirtschaftliche Vorteile. Die Beschränkung der Produktion auf genormte Standardtypen bringt für die Hersteller Kostensenkungen mit sich, so daß die Abnehmer mit niedrigeren Preisen und verbesserter Qualität rechnen können. Wie ist es nun wettbewerbsrechtlich zu beurteilen, wenn die Mitglieder der Rationalisierungsgemeinschaft mit diesem wirtschaftlichen Fortschritt werben und auf Grund der Marktverhältnisse die außenstehenden Mitbewerber erkennbar betroffen sind? Es ist hier zu prüfen, ob eine solche Werbemaßnahme als nach § 1 UWG verbotene vergleichende Werbung anzusehen ist oder ob hier der Ausnahmefall des erlaubten Fortschrittsvergleichs vorliegt.

(1) Vgl. BGH, GRUR 1958, 343, 345 (Bohnergerät).

(2) BGH, GRUR 1961, 85, 90 (Pfiffikus-Dose).

(3) Vgl. WuW / E BKartA, S. 586 ff. (1960).

A. DAS VERGLEICHSVBOT UND DAS SYSTEM DER AUSNAHMEFÄLLE

I. SCHAFFUNG VON AUSNAHMETATBESTÄNDEN DURCH DIE RECHTS-SPRECHUNG

Der technische Fortschrittsvergleich im Sinne der Rechtsprechung des BGH ist nur einer von mehreren Ausnahmetatbeständen, die das RG und der BGH im Verlaufe ihrer jahrzehntelangen Rechtsprechung zum Verbot der vergleichenden Werbung geschaffen haben.

Nachdem das RG in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt hatte, daß die vergleichende Werbung sittenwidrig und damit unzulässig ist, stellte sich bald heraus, daß dieses Verbot in der Praxis nicht starr durchgeführt werden konnte. In einer Reihe von besonders gelagerten Einzelfällen mußte anerkannt werden, daß die vergleichende Werbung hier ausnahmsweise keinen Verstoß gegen die guten Sitten enthielt und somit als zulässig anzusehen war. Im Zusammenwirken von Rechtsprechung und Lehre wurden die tragenden Rechtsgedanken der einzelnen Entscheidungen herausgearbeitet und präzisiert (4), so daß man schließlich mehrere tatbestandlich eng begrenzte Ausnahmefälle unterscheiden konnte, die unter bestimmten Bezeichnungen in die Literatur eingingen. Es läßt sich also auch bei der Rechtsprechung zu den Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Werbung feststellen, daß die praktische Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel, die einerseits der individuellen Fallgerechtigkeit dienen will, auf der anderen Seite stets zur Bildung neuer abstrakter Sätze und Normen führt (5). Diese richterliche Normenbildung ist jedoch von außerordentlicher Bedeutung für die Rechtssicherheit, da erst durch sie eine einheitliche und kontinuierliche Rechtsprechung gewährleistet ist (6).

II. FESTUMRISSENE AUSNAHMETATBESTÄNDE

Die Rechtsprechung hat als wohl bedeutendste Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung - neben dem Vergleich zur Abwehr eines rechtswidrigen

(4) Vgl. Henkel, aaO., S.359.

(5) Vgl. Werner, aaO., S.23.

(6) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.54.

Angriffs eines Mitbewerbers und dem Vergleich auf Verlangen eines Kunden - den hier näher zu untersuchenden Fortschrittsvergleich zugelassen.

Im Schrifttum wird der Fortschrittsvergleich auch als "notwendiger Vergleich" (7) oder "zur Fortschrittsverdeutlichung notwendiger Vergleich" (8) bezeichnet. Nach der Rechtsprechung (9) ist ein Werbevergleich mit den Erzeugnissen bestimmter Mitbewerber ausnahmsweise erlaubt, wenn er zur Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden technischen Fortschritts zwingend notwendig ist. Der Gedanke, daß es einem Gewerbetreibenden nicht untersagt werden kann, den seinen Erzeugnissen innewohnenden Fortschritt gegenüber den herkömmlichen Produkten der Konkurrenz in der Werbung gebührend herauszustellen, ist keineswegs neu, sondern geht bereits auf Kohler zurück. In seinem grundlegenden Aufsatz aus dem Jahre 1916 (10), in dem er sich für ein Verbot der vergleichenden Werbung einsetzte, da kein Werbender "Richter in eigener Sache" sein dürfe, findet sich folgender Satz, der den Grundgedanken des später von der Rechtsprechung entwickelten Fortschrittsvergleichs enthält: "...sodann kann oftmals der Stand der Sache dahin führen, daß man gewisse Prozesse oder Ergebnisse nur beschreiben kann, indem man ihre Fortschritte gegenüber anderen Leistungen kundgibt." (11)

III. WEITGEFASSTE, GENERALKLAUSELARTIGE AUSNAHMETATBESTÄNDE

1. Neben den begrifflich erfaßten und eng begrenzten Ausnahmetatbeständen, wie Abwehrvergleich, Vergleich auf Verlangen und Fortschrittsvergleich, wird vor allem in der neueren Rechtsprechung (12) die allgemeine und weitgefaßte Formel verwendet, daß eine vergleichende Werbung in besonderen Fällen erlaubt ist, wenn eine "hinreichende Veranlassung" für den Werbever-

(7) So Droste, GRUR 1951, 140 (143); Gödde, aaO., S.38; Lieb, aaO., S.28.

(8) D.Reimer, aaO., S.144.

(9) BGH, GRUR 1952, 416 (417); GRUR 1961, 85 (90, 91).

(10) Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie, MuW 1916, 127.

(11) Kohler, MuW 1916, 128.

(12) BGH, GRUR 1953, 293 (294); GRUR 1962, 45 (48); GRUR 1964, 34; NJW 1966, 49; OLG Düsseldorf, GRUR 1964, 37.

gleich bestehe. Zwar hat auch schon das RG (13) die Formel der "hinreichenden Veranlassung" gebraucht, jedoch prüfte es in jedem einzelnen Fall sorgfältig, ob die Voraussetzungen eines der oben genannten Ausnahmefälle vorlagen. Demgegenüber wird in neueren Entscheidungen des BGH (14) lediglich ausgeführt, daß die vergleichende Werbung in diesem besonderen Fall zulässig sei, da sie aus hinreichend begründetem Anlaß erfolgte, ohne daß im einzelnen dargetan wird, welcher spezielle Ausnahmetatbestand in dem zu entscheidenden Fall gegeben ist.

2. In anderen Entscheidungen hat der BGH (15) einen Werbevergleich damit gerechtfertigt, daß sich die Kritik des Werbenden nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen halte und der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses diene.

IV. TENDENZEN IN DER RECHTSPRECHUNG UND KRITIK IM SCHRIFTTUM

Die in der Rechtsprechung des BGH sich abzeichnende Tendenz, einen Fall vergleichender Werbung nicht mehr unter dem Gesichtspunkt eines der anerkannten, eng begrenzten Ausnahmetatbestände wie Abwehrvergleich oder Fortschrittsvergleich zu prüfen, sondern nur noch zu fragen, ob ein hinreichender Anlaß für den Werbevergleich besteht oder ob der Werbende in Wahrnehmung berechtigter Interessen handelte, wird im Schrifttum zu Recht kritisiert (16). Eine Ausnahme von einem Verbot ist die Rücknahme der getroffenen Geltungsanordnung (17). Aus Gründen der Rechtssicherheit muß daher ein Ausnahmetatbestand von einem möglichst bestimmten Begriff (18) erfaßt und eng begrenzt sein, damit das Verhältnis von Regel und Ausnahme gewahrt bleibt.

(13) Vgl. z.B. RG, GRUR 1938, 53 (56).

(14) Vgl. die in Fußn. 12 zitierten Entscheidungen, sowie zuletzt BGH, GRUR 1967, 30 (33).

(15) BGH, GRUR 1962, 45 (48); GRUR 1964, 33 (35); NJW 1964, 2247 (2251); WRP 1967, 126 (129).

(16) Vgl. Gödde, aaO., S. 147 f.; Bergmann, aaO., S. 178 f., der allerdings die Rechtsprechung zu den Ausnahmen allgemein angreift und sich für die grundsätzliche Zulässigkeit der vergleichenden Werbung einsetzt.

(17) Larenz, Methodenlehre, S. 163.

(18) Zur Bedeutung der Begriffsbildung für die Rechtssicherheit vgl. Bartholomeyczik, S. 62 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 322; Knöpfle, aaO., S. 6 f.

Die beiden weitgefaßten, generalklauselartigen Ausnahmen der hinreichenden Veranlassung zu einem Werbevergleich und des Vergleichs in Wahrnehmung berechtigter Interessen sind so unbestimmt und schwer abgrenzbar, daß vorhersehbare Entscheidungen nicht mehr gewährleistet sind und das Verbot der vergleichenden Werbung weithin in Frage gestellt wird. Die Rechtsprechung sollte daher diese beiden Formeln nicht mehr verwenden.

B. ENTWICKLUNG DER RECHTSPRECHUNG ZUM FORTSCHRITTSVERGLEICH

I. RECHTSPRECHUNG DES RG ZUM UNEIGENTLICHEN SYSTEMVERGLEICH ALS AUSGANGSPUNKT

1. Das RG hat in seiner Rechtsprechung zum uneigentlichen Systemvergleich die tragenden Grundgedanken des heute als Fortschrittsvergleich bezeichneten Ausnahmefalles vom Verbot der vergleichenden Werbung herausgearbeitet. Unter einem uneigentlichen Systemvergleich verstand das RG (19) die Werbung für ein bestimmtes Erzeugnis unter vergleichender Gegenüberstellung seiner besonderen technischen Ausgestaltung und Arbeitsweise mit dem System anderer Warengattungen ohne Bezugnahme auf einen bestimmten oder begrenzten Kreis von Mitbewerbern.

Während bei einem eigentlichen Systemvergleich ohne Werbung für eine bestimmte Ware lediglich technische oder wirtschaftliche Systeme abstrakt einander gegenübergestellt werden, kann der Werbende bei einem uneigentlichen Systemvergleich sein eigenes Erzeugnis erwähnen, "um an ihm die Vorzüge des von ihm angewandten Systems und der damit geschaffenen Warenart anschaulich zu machen" (20).

Ein grundlegender Unterschied in der rechtlichen Beurteilung besteht zwischen eigentlichem und uneigentlichem Systemvergleich jedoch nicht, da beiden gemeinsam ist, daß eine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber vermieden wird, so daß der Tatbestand einer vergleichenden Werbung nicht erfüllt ist. Die Rechtsprechung des RG zum uneigentlichen Systemvergleich enthält jedoch in der Begründung seiner Zulässigkeit Gedankengänge, die für die Ent-

(19) Vgl. z.B. RG, GRUR 1937, 941 (945, 946).

(20) RG, GRUR 1938, 533 (536).

wicklung des Fortschrittsvergleichs grundlegend sind. So führte das RG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1937 (21), bei der es um die Gegenüberstellung zweier verschiedener Lagerungssysteme für Kraftfahrzeugmotoren ging, sinngemäß folgendes aus:

a) Im Interesse der Allgemeinheit dürfe es einem Gewerbetreibenden nicht verwehrt werden, die in einer technischen Neuerung enthaltenen Fortschritte in der Werbung für sein Erzeugnis herauszustellen. Zur Verdeutlichung des Fortschritts gegenüber dem bisherigen Stande der Technik müsse unter Umständen auch auf die Erzeugnisse eines oder mehrerer bestimmter Mitbewerber hingewiesen werden. Die erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Konkurrenten müsse aber erlaubt sein, wenn sie zur Fortschrittsverdeutlichung unvermeidbar und notwendig sei. Das RG hat bei diesen Ausführungen, die sich in späteren Entscheidungen (22) zum uneigentlichen Systemvergleich wiederholten, jedoch nicht erkannt, daß es sich bei einem solchen Vergleich nicht mehr um einen Systemvergleich handeln kann, da auf bestimmte Mitbewerber Bezug genommen wird und somit tatbestandsmäßig eine verbotene vergleichende Werbung vorliegt, die aber zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts als erlaubt anzusehen ist.

b) Im Rahmen eines uneigentlichen Systemvergleichs ließ das RG schließlich auch ausnahmsweise die Bezugnahme auf das Erzeugnis eines Mitbewerbers zu. In der "Toschi-Eternit"-Entscheidung (23) hielt es einen Vergleich zweier Rauchgasabzüge für Lokomotivschuppen, von denen der eine aus "Toschi" (Asbestzement), der andere aus Eternit (Hohltonziegeln) bestand, als uneigentlichen Systemvergleich für zulässig, obwohl der Vertreter der Beklagten bei Verhandlungen mit der Reichsbahn das Erzeugnis des Konkurrenten namentlich erwähnte und sogar abgenutzte Muster des anderen Materials vorlegte. Mit dieser Entscheidung war eine klare Abgrenzung des erlaubten Systemvom verbotenen Warenvergleich nicht mehr möglich, da hier der Systemvergleich einen Warenvergleich mitenthielt. Die namentliche Bezeichnung eines Mitbewerbers macht einen Systemvergleich in jedem Falle zur vergleichenden Werbung, so daß ein solcher Vergleich nur noch als Ausnahmefall, etwa als Fortschrittsvergleich, zulässig sein kann.

2. Die Rechtsprechung des RG, die eine Bezugnahme auf die Erzeugnisse bestimmter Mitbewerber für gerechtfertigt ansah, wenn sie zur Verdeutli-

(21) RG, GRUR 1937, 941 (945, 946).

chung eines technischen Fortschritts notwendig war, diesen Vergleich aber dennoch als Systemvergleich bezeichnete, führte in der Folge zu Unsicherheit und Unklarheiten bei der Abgrenzung von System- und Fortschrittsvergleich, die auch heute noch im Schrifttum festzustellen sind. So wird z.B. immer noch die Meinung vertreten, der Systemvergleich stelle eine Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung dar (24), während der Fortschrittsvergleich als "verwandter Ausnahmetatbestand" (25) oder "erweiterter Systemvergleich" (26) bezeichnet wird. Andere sehen im Fortschrittsvergleich einen Unterfall des Systemvergleichs (27) oder umgekehrt im Systemvergleich eine Unterart des Fortschrittsvergleichs (28).

3. Die Bedeutung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum uneigentlichen Systemvergleich liegt darin, daß sie den Gedanken entwickelt hat, eine Bezugnahme auf die Waren bestimmter Mitbewerber sei erlaubt, wenn sie zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts notwendig sei. Eine klare und dogmatisch einleuchtende Abgrenzung des Systemvergleichs vom Fortschrittsvergleich ist ihr jedoch nicht gelungen.

II. DER TECHNISCHE FORTSCHRITTSVERGLEICH IN DER RECHTSPRECHUNG DES BGH

1. Eine Klärung dieses Problems hat erst die Rechtsprechung des BGH zum technischen Fortschrittsvergleich gebracht. In seiner ersten Entscheidung (29) zu Fragen des Systemvergleichs hat der BGH einen Werbevergleich einer zum Einkochen bestimmten neuartigen Aluminiumdose, die vom Hersteller "Dauerdose" genannt wurde, mit den bisher zum Einkochen verwendeten Blechdo-

(22) Vgl. z.B. RG, GRUR 1940, 114 (115); GRUR 1940, 308 (310, 311); GRUR 1943, 252 (254).

(23) RG, GRUR 1938, 527 (530, 531) = RGZ 156, 1 ff.

(24) Vgl. z.B. H.Droste, GRUR 1951, 140 (142); Tetzner, NJW 1953, 87 (88); Seubert, BB 1960, 965 (966); Kraft, aaO., S.226; neuerdings wieder Götde, aaO., S.52 ff.

(25) Bergmann, aaO., S.175.

(26) Wenzel, NJW 1962, 81 (82).

(27) Möhring, MA 1962, 967 (970).

(28) Tetzner, NJW 1962, 1087 (1088).

(29) BGH, GRUR 1952, 416 (417).

sen als uneigentlichen Systemvergleich für zulässig erklärt, da der Werbende nur allgemein das System der herkömmlichen Blechdosen zum Vergleich herangezogen habe und eine erkennbare Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber nicht vorliege. Anschließend führt der BGH aus (30), ein an sich verbotener Warenvergleich könne in Ausnahmefällen erlaubt sein, wenn er zur Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden technischen Fortschritts notwendig sei. Der Systemvergleich im Sinne der reichsgerichtlichen Rechtsprechung unterscheide sich jedoch gerade dadurch von dem Warenvergleich, daß er jede Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber vermeide. Diese Ausführungen des BGH ermöglichen eine deutliche Abgrenzung von System- und Fortschrittsvergleich. Sie stellen klar, daß auf der einen Seite der grundsätzlich zulässige Systemvergleich steht, während auf der anderen Seite der Fortschrittsvergleich, der eine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber enthält und damit unter den Tatbestand der vergleichenden Werbung fällt, als neuer und selbständiger Ausnahmetatbestand von der in der Regel verbotenen vergleichenden Werbung anzusehen ist.

Die in der Dauerdosen-Entscheidung aufgestellten Grundsätze hat der BGH in zwei weiteren Urteilen bestätigt. In dem einen Fall (31) hatte der Beklagte ein Zusatz-Bohnergerät zu dem Staubsauger des Klägers, der ebenfalls Zusatzgeräte herstellte, angeboten und in der Werbung für das Zusatzgerät den Staubsauger des Klägers namentlich bezeichnet. Der BGH hielt die namentliche Erwähnung des Staubsaugers und damit die direkte Bezugnahme auf das Erzeugnis des Klägers für zulässig, da der Beklagten der Absatz ihrer Zusatzgeräte ohne Bezugnahme auf das Hauptgerät nicht möglich gewesen sei. Die Bezugnahme sei hier ausnahmsweise erlaubt, da sie zur Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden technischen Unterschiedes notwendig sei. Der BGH läßt hier schon die Notwendigkeit der Verdeutlichung eines technischen Unterschiedes für die Zulässigkeit einer Bezugnahme auf den Mitbewerber genügen.

Der bisher letzten Entscheidung des BGH (32) zum technischen Fortschrittsvergleich lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin stellt Kunstharz-Kaltleime her und vertreibt für den Gebrauch ihrer Klebstoffe einen sogen. Sparring, der in die Klebstoff-Dose eingesetzt

(30) BGH, GRUR 1952, 417.

(31) BGH, GRUR 1958, 343 (345).

(32) BGH, GRUR 1961, 85 (90).

wird und eine Verkrustung und Verfärbung des Leims verhindern soll. Die Beklagte verwendet für ihre Klebstoffe eine neuartige Dose, die sie Pfiffikus-Dose nennt. Diese Dose erzielt denselben Effekt ohne einen besonderen Sparring und die Beklagte wirbt für sie mit dem Werbespruch: "Zur Pfiffikus-Dose brauchen Sie keine weiteren Zubehöriteile." Aus den besonderen Umständen des Falles - die Klägerin war die einzige Firma, die einen Sparring für ihre Klebstoff-Dose anbot - ergab sich, daß die Klägerin erkennbar betroffen war. Der BGH kam zu dem Schluß, die erkennbare Bezugnahme auf die Dose der Klägerin sei in diesem Fall zulässig, da die Beklagte die Vorteile ihrer neuartigen Dose nicht anders habe werbewirksam darstellen können. Der Werbehinweis sei also zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts notwendig gewesen.

Die in diesen Entscheidungen klar gezogenen Grenzen zwischen System- und Fortschrittsvergleich hat der BGH (33) in einer neuen Entscheidung zu diesem Fragenbereich leider wieder verwischt. Der BGH hat in diesem Fall den Werbevergleich zweier bestimmter technischer Einrichtungen für Walzwerke zutreffend als technischen Systemvergleich beurteilt. Anschließend nimmt er überflüssigerweise zum Verhältnis von System- und Fortschrittsvergleich Stellung und führt hierzu aus, der Werbende, der einen Systemvergleich durchführe, werde dabei häufig, wenn nicht regelmäßig, herausstellen, daß sein System einen technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt biete. Der Fortschrittsvergleich stelle daher nur einen besonderen Fall des Systemvergleichs dar. Beide Fälle seien dadurch gekennzeichnet, daß der Werbende sich, soweit das überhaupt möglich ist, einer erkennbaren Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber enthalte.

Mit dieser Entscheidung setzt sich der BGH zu seiner früheren Auffassung vom Fortschrittsvergleich in Widerspruch. Es ist zu hoffen, daß er zur dogmatisch klaren und - wie bereits dargelegt - zutreffenden Abgrenzung von System- und Fortschrittsvergleich zurückfindet.

2. Aus den drei höchstrichterlichen Entscheidungen zum technischen Fortschrittsvergleich ergibt sich, daß der BGH die Zulässigkeit dieses erlaubten Ausnahmefalls vom Verbot der vergleichenden Werbung von mehreren Voraussetzungen abhängig macht.

(33) BGH, WRP 1967, 311 (313).

a) Es ist zunächst ein objektiv erreichter technischer Fortschritt erforderlich, der in der Werbung möglichst anschaulich darzustellen ist.

b) Weiter muß der Vergleich zur Verdeutlichung dieses Fortschritts unbedingt notwendig sein. Wann eine solche Notwendigkeit für die Bezugnahme auf den Mitbewerber im Einzelfall gegeben ist, führt der BGH nicht näher aus. Er betont lediglich an einer Stelle (34), die Anforderungen an die Notwendigkeit eines Fortschrittsvergleichs dürften nicht überspannt werden. Die Notwendigkeit des Vergleichs müsse bejaht werden, wenn der Werbende den Fortschritt auf eine andere ihm zumutbare Weise und ohne Bezugnahme auf einen Mitbewerber nicht werbewirksam veranschaulichen könne.

c) Als letzte Voraussetzung für einen zulässigen Fortschrittsvergleich fordert die Rechtsprechung (35), daß er nur wahre, objektiv nachprüfbare Angaben enthalten dürfe und außerdem die Grenzen der Sachlichkeit beachten müsse. Jede unnötige Schärfe oder Herabsetzung der Waren des Mitbewerbers hat also zu unterbleiben.

C. ANWENDUNG DER VON DER RECHTSPRECHUNG DES RG UND DES BGH ENTWICKELTEN GRUNDSÄTZE AUF DEN WIRTSCHAFTLICHEN FORTSCHRITTSVERGLEICH

I. KRITIK AN DER BEGRENZUNG AUF DEN TECHNISCHEN FORTSCHRITT

Unterzieht man die Rechtsprechung des BGH zum technischen Fortschrittsvergleich einer kritischen Würdigung, so stellt sich die Frage, warum nur ein Werbevergleich zur Verdeutlichung des technischen, nicht aber des wirtschaftlichen Fortschritts zulässig sein soll und ob eine solche Privilegierung des technischen Fortschritts gerechtfertigt ist. Das Argument, es liege ein Unterschied in dem größeren Interesse des Verkehrs am Bekanntwerden einer technischen Fortentwicklung, da sich die Allgemeinheit gerade den Fortschritt auf technischem Gebiet zum eigenen Vorteil dienstbar machen möchte (36), kann nicht überzeugen. Es ist vielmehr im Gegenteil davon auszugehen, daß die Abneh-

(34) BGH, GRUR 1961, 91.

(35) Vgl. BGH, GRUR 1961, 91.

(36) So Höfer, WRP 1961, 208.

mer und Verbraucher als die von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise gerade an der Veranschaulichung des wirtschaftlichen Fortschritts ein besonders großes Interesse haben. Dem Kunden liegt oft nicht soviel an der Aufklärung über die technische Konstruktion eines neuen Erzeugnisses als an der verbesserten Qualität, der Gebrauchsfähigkeit, dem Kundendienst und vor allem dem niedrigen Preis (37).

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die Darstellung eines wirtschaftlichen Fortschritts es dem angesprochenen Verbraucher eher ermöglicht, sich ein selbständiges Urteil zu bilden, während ihm die Beschreibung einer technischen Neuerung oft nicht viel nützt, da er nicht über die nötigen Sachkenntnisse verfügt. Die Rechtsprechung hat z.B. einen Werbevergleich zugelassen, in dem die Vorteile eines neuartigen, technisch komplizierten Lagerungssystems für Kraftfahrzeugmotoren gegenüber den herkömmlichen Lagerungssystemen dargestellt wurden (38). Bei der Werbung für ein neues Kraftfahrzeugmodell achtet der Kunde jedoch nicht nur auf die technischen Neuerungen, sondern er ist mindestens ebenso stark an den wirtschaftlichen Vorteilen, die ihm das neue Modell bietet, interessiert. Deshalb muß es dem Werbenden bei einem Vergleich gestattet sein, auch die wirtschaftlichen Vorteile wie kürzere Lieferfristen, besseren Kundendienst oder längere Garantie in der Werbung herauszustellen. Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß der ausnahmsweise erlaubte Vergleich mit den Leistungen bestimmter Mitbewerber nicht nur zur Verdeutlichung des technischen, sondern auch des wirtschaftlichen Fortschritts zuzulassen ist.

1. Für dieses Ergebnis spricht auch die Abwägung der bei einem solchen Werbevergleich widerstrebenden Interessen (39). In der Regel sind bei der vergleichenden Werbung die Interessen der betroffenen Mitbewerber höher zu bewerten als die der Werbenden, da kein Gewerbetreibender es sich gefallen lassen muß, in der Werbung des Konkurrenten als Mittel der Absatzförderung verwendet zu werden (40).

Im Schrifttum wird die Meinung vertreten (41), auch bei einem Fortschritts-

(37) Vgl. Wenzel, NJW 1962, 81 (83); Völp, BB 1961, 113.

(38) RG, GRUR 1937, 941 ff. (Floating-Power/Pendelastisch).

(39) Zur Bedeutung der Interessenabwägung im Wettbewerbsrecht vgl. Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, passim.

(40) RG, GRUR 1931, 1299 (Hellegold).

(41) Leo, WRP 1960, 293 (297, 298).

vergleich sei dieselbe Interessenbewertung geboten, so daß dieser nicht als zulässige Werbemaßnahme anzusehen sei. Diese Ansicht verkennt jedoch, daß in besonderen Ausnahmefällen die grundsätzlich berechtigten Interessen der von einer vergleichenden Werbung betroffenen Wettbewerber hinter höherwertigen Interessen, z.B. der Allgemeinheit, zurücktreten müssen. Daß das UWG auch dem Schutz wichtiger Interessen der Allgemeinheit dient, ist von der Rechtsprechung (42) seit langem anerkannt und ergibt sich auch aus dem Klagericht der Verbraucherverbände nach § 13 Abs.1 a UWG, das ihnen im Jahre 1965 eingeräumt worden ist.

So hat der BGH (43) u.a. betont, vergleichende Werbemaßnahmen könnten dann gerechtfertigt sein, wenn sie durch das schutzwürdige Bedürfnis nach sachgemäßer Aufklärung über bestimmte, die Belange der Allgemeinheit berührende Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs wie derjenigen der vertikalen Preisempfehlung begründet würden. Ähnlich ist die Zulässigkeit des technischen Fortschrittsvergleichs damit begründet worden (44), daß das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit an der technischen Weiterentwicklung den Vorrang vor dem geringer zu bewertenden Interesse des betroffenen Mitbewerbers habe. Wie oben dargelegt wurde, haben die Verbraucher jedoch ein ebenso großes Interesse an der werbewirksamen Verbreitung des wirtschaftlichen Fortschritts. Wenn durch rationellere Fertigung und bessere Vertriebsmethoden ein billigeres Produkt hergestellt werden kann und dieser wirtschaftliche Vorteil in einem Werbevergleich veranschaulicht wird, so gibt auch hier das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit den Ausschlag und führt zur Anerkennung des wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs.

Zum gleichen Ergebnis müßte auch die Rechtsprechung kommen, wenn man die eben erwähnte, vom BGH vorgenommene Interessenbewertung zugrunde legt. Denn wenn ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung über die vertikale Preisempfehlung anerkannt wird, dann muß es auch bei dem in der Werbung leichter darzustellenden wirtschaftlichen Fortschritt berücksichtigt werden.

(42) Vgl. z.B. RG, GRUR 1937, 941 (945, 946); BGH, GRUR 1955, 542; BGHZ 23, 365 (373); BGHZ 43, 278 (282); BGH, GRUR 1966, 45 (46); zust. im Schrifttum Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm.34, 35; Ulmer, Unlauterer Wettbewerb, Bd.I, EWG, S.48 f.; Burmann, WRP 1967, 71 ff.; Schwartz, GRUR 1967, 333 ff.

(43) BGH, NJW 1964, 2251.

(44) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.51; D.Reimer, aaO., S.144; Kraft, aaO., S.225 ff.

2. Für die Zulässigkeit des wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs setzt sich das Bundeskartellamt ein (45), indem es ausführt, die für die Zulässigkeit des technischen Fortschrittsvergleichs herangezogenen Argumente träfen auch dann zu, wenn wirtschaftliche Fortschritte im Vertrieb niedrigere Preise für dieselbe Leistung ermöglichten. Beide Fälle könnten wegen ihres gleichen wirtschaftlichen Gehalts nicht wettbewerbsrechtlich unterschiedlich behandelt werden.

Neben dem Bundeskartellamt haben sich auch einige Stimmen im Schrifttum (46), allerdings ohne nähere Begründung, für die Zulassung eines wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs ausgesprochen. Vor allem die Vertreter der Richtung in der Literatur (47), die die grundsätzliche Zulässigkeit der vergleichenden Werbung fordert, sehen in diesem neuen Ausnahmetatbestand eine willkommene Auflockerung des Vergleichsverbots.

Eine ausdrückliche Stellungnahme der Rechtsprechung zu dieser Frage liegt bisher nicht vor. Erwähnenswert ist jedoch eine neuere Entscheidung des OLG München (48), die eine Erweiterung des Fortschrittsvergleichs andeutet. Hier hatte ein Schallplattenhersteller in der Werbung für seine Platten hervorgehoben, daß sie "gemafrei" wären und er somit durch die Einsparung der Lizenzgebühren billiger verkaufen könne als die Konkurrenz. Das OLG billigte diese Werbung mit dem Satz, ein Werbevergleich könne erlaubt sein, wenn er der Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden Vorteils diene und sich im Rahmen des Notwendigen halte. Unter "Vorteil" kann in diesem Zusammenhang aber nur ein wirtschaftlicher Vorteil verstanden werden, da der Hersteller nicht mit der besseren technischen Qualität seiner Schallplatten warb, sondern auf die durch die Einsparung der Lizenzgebühren bewirkte Verbilligung seiner Erzeugnisse und damit auf einen wirtschaftlichen Vorteil hinwies. Da es sich in diesem Fall nicht um einen technischen, sondern um einen wirtschaftlichen Fortschritt handelt, hat das OLG München auch ohne ausdrücklichen Hinweis einen wirtschaftlichen Fortschrittsvergleich als Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung anerkannt.

(45) BKartA, Beschluß v. 18.3.63, DB 1963, 579 (581).

(46) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.51; Völz, BB 1961, 113; ders., WRP 1961, 141; Cyrus, GRUR 1961, 19; Wenzel, NJW 1962, 83; Moser von Filseck, GRUR 1963, 185; Illert, aaO., S.68.

(47) Vgl. Völz, Wenzel in Fußn.46.

(48) WRP 1963, 163.

Der BGH (49) billigte in der Revisionsinstanz die Ausführungen des OLG bezüglich der Zulässigkeit dieser Werbemaßnahme und fügte sogar unter Hinweis auf einige Entscheidungen des RG und des BGH die Bemerkung hinzu, die Rechtsprechung habe einen notwendigen Vergleich nicht nur zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts, sondern auch zur Darstellung wirtschaftlicher Vorteile zugelassen. Diese Behauptung des BGH trifft jedoch nicht zu, sie beruht vielmehr, wie die angegebene Rechtsprechung zeigt, auf einer Verwechslung von System- und Fortschrittsvergleich. Die angeführten Urteile des RG und des BGH betrafen lediglich Fälle des wirtschaftlichen Systemvergleichs, bei denen eine Gegenüberstellung zweier Wirtschaftssysteme ohne Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber erfolgte. Ein Fall, in dem die Rechtsprechung eine bezugnehmende Werbemaßnahme mit der ausdrücklichen Begründung, sie sei zur Darlegung eines wirtschaftlichen Fortschritts notwendig, für zulässig erklärt hat, ist bisher nicht bekannt geworden. Die Bemerkung des BGH läßt jedoch erkennen, daß die Rechtsprechung diesem Gedanken nicht ablehnend, sondern vielmehr aufgeschlossen gegenübersteht.

II. DER WERBEMÄSSIG NOTWENDIGE VERGLEICH ALS OBERBEGRIFF

Gegen die Zulassung des Fortschrittsvergleichs wenden sich v. Godin-Hoth (50) mit dem Argument, zur Fortentwicklung von Technik und Wirtschaft bedürfe es keines Vergleichs in der Werbung, da sonst der beeinträchtigte Mitbewerber nur zu einer Gegenaktion gezwungen werde, die dann gerechterweise als Abwehrvergleich zugelassen werden müsse. Auf diesen Abwehrvergleich könne der erste Werbende dann wieder replizieren und so fort, so daß eine heillose Verwirrung des Verkehrs die Folge wäre. Diese Überlegung ist schon in ihrem Ausgangspunkt unrichtig (51). Wenn wie hier die Meinung vertreten wird, ein Werbevergleich sei ausnahmsweise zur Verdeutlichung eines technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts zulässig, dann steht dem von einem solchen zulässigen Vergleich betroffenen Mitbewerber nicht die Möglichkeit eines Abwehrvergleichs offen, da kein rechtswidriger Angriff, sondern eine erlaubte Werbemaßnahme vorliegt. Es erhebt sich also die Frage, welche Möglichkeiten der von einem Fortschrittsvergleich betroffene Mitbewerber hat, der in

(49) BGH, GRUR 1965, 309 (310).

(50) v. Godin-Hoth, § 1 UWG Anm. 32.

(51) So auch Lieb, aaO., S. 140.

seiner Werbung darlegen will, daß er bei seinem bewährten Erzeugnis bleibe und nicht gewillt sei, Veränderungen oder Neuerungen vorzunehmen.

1. Da für diese Fälle der Begriff des Fortschrittsvergleichs zu eng ist (52), ist das Problem nur zu lösen, wenn man mit Hefermehl (53) den Oberbegriff des "werbemäßig notwendigen Vergleichs" anerkennt. Nach Hefermehl (54) ist eine Werbung, die erkennbar die Ware oder Leistung eines oder mehrerer Mitbewerber zum Vergleich heranzieht, dann zulässig, wenn sie zur Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht werbewirksam darzustellenden Unterschieds, insbesondere eines technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, werbemäßig notwendig ist. Hefermehl sieht also im technischen und wirtschaftlichen Fortschrittsvergleich Unterfälle des werbemäßig notwendigen Vergleichs und läßt für diesen, wie es auch schon die Rechtsprechung (55) getan hat, die Darlegung eines Unterschiedes genügen.

2. Im Rahmen eines solchen werbemäßig notwendigen Vergleichs kann nun auch der von einem Fortschrittsvergleich betroffene Mitbewerber darlegen, warum er bei seinem bewährten Produkt geblieben ist, indem er in einem Werbevergleich die Unterschiede seines und des neuartigen Erzeugnisses erläutert. Damit ist auch seinen Interessen hinreichend Genüge getan.

III. DER FORTSCHRITTSVERGLEICH ALS WICHTIGSTER UNTERFALL DES WERBEMÄSSIG NOTWENDIGEN VERGLEICHS

Nachdem festgestellt worden ist, daß keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit des wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs bestehen, sollen nun noch die Voraussetzungen dieses Ausnahmefalls vom Verbot der vergleichenden Werbung näher erörtert werden.

1. Als erste Voraussetzung eines erlaubten wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs ist erforderlich, daß der Werbende einen echten wirtschaftlichen Fortschritt in seinem Angebot nachweist und diesen in dem Werbevergleich veranschaulicht. Wann im Einzelfall ein wirtschaftlicher Fortschritt gegeben

(52) Vgl. Heydt, GRUR 1961, 91 (92).

(53) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 51.

(54) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 52.

(55) Vgl. BGH, GRUR 1958, 343, 345 (Bohnergerät).

ist, läßt sich nicht abschließend für alle Fälle bestimmen. Es können hier nur Anhaltspunkte und Richtlinien gegeben werden. Ein wirtschaftlicher Fortschritt kann in vielen Formen auftreten, er kann sich z.B. in billigeren Preisen oder verbesserter Qualität ausdrücken, er kann aber auch in einem größeren und reichhaltigeren Angebot, in kürzeren Lieferfristen, verbessertem Kundendienst und verlängerter Garantie bestehen.

a) Ein wirtschaftlicher Vorteil allein begründet jedoch noch keinen wirtschaftlichen Fortschritt im Sinne des Fortschrittsvergleichs. So ist zwar eine Preissenkung, die ein Wettbewerber lediglich aus marktpolitischen Erwägungen vornimmt, für den Verbraucher vorteilhaft, rechtfertigt aber keinen bezugnehmenden Preisvergleich. Denn der Fortschrittsvergleich wird deswegen zugelassen, weil hier ausnahmsweise die Interessen der Allgemeinheit an der Fortentwicklung von Technik und Wirtschaft als vorrangig gegenüber den Interessen der betroffenen Mitbewerber angesehen werden.

Diese Erwägungen können jedoch dann nicht gelten, wenn der Werbende nur einen wirtschaftlichen Vorteil anpreist, ohne daß seinem Angebot auch tatsächlich ein wirtschaftlicher Fortschritt zugrunde liegt. Vielmehr sind in diesem Fall die Interessen der betroffenen Mitbewerber höher zu bewerten, da im Regelfall diese es sich nicht gefallen lassen müssen, in der Werbung eines Konkurrenten als Mittel der Absatzsteigerung verwendet zu werden (56). Ein wirtschaftlicher Fortschritt liegt nur dann vor, wenn der Vorteil für den Verbraucher auf einer neuen betriebswirtschaftlichen oder technischen Maßnahme des Werbenden beruht.

b) Ein wirtschaftlicher Fortschritt kann u.a. durch Rationalisierungsmaßnahmen in Produktion und Absatz erreicht werden. Unter Rationalisierung versteht man die vernunftgemäße Gestaltung der Technik wie der Wirtschaft, der Produktion wie der Verwaltung, des Innen- und des Außenbetriebes (57). Sie kann beispielsweise in der Beschränkung der Typenzahl, in der Vereinheitlichung von Normen und in der Spezialisierung der Produktion liegen; sie kann im einzelnen Betrieb, aber auch kollektiv in Rationalisierungsgemeinschaften durchgeführt

(56) So RG, GRUR 1931, 1299, 1301 (Hellegold).

(57) So Mellerowicz, aaO., S.214; weitere Definitionen bei Kirschstein-Segelmann, aaO., S.10; ausführlich zum Begriff der Rationalisierung Segelmann, WuW 1964, 3 ff. mit weiteren Angaben.

werden (58). Jeder dieser Rationalisierungsvorgänge stellt eine neue betriebswirtschaftliche Maßnahme dar. Daher ist immer dann, wenn infolge der Rationalisierung eine höhere Leistung zum gleichen Preise oder die gleiche Leistung zu einem geringeren Preise angeboten wird (59), ein wirtschaftlicher Fortschritt zu bejahen.

Hieraus folgt, daß die bezugnehmende Werbung mit Rationalisierungserfolgen, wie z.B. mit den Vorteilen der Typenbeschränkung, zulässig ist, sofern die Bezugnahme werbemäßig notwendig ist. Leider hat die Werbung mit Rationalisierungserfolgen noch keine große Bedeutung erlangt (60), obwohl sie unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs erlaubt sein kann.

c) In vielen Fällen beruht ein wirtschaftlicher auf einem technischen Fortschritt. Wenn z.B. in einen Kraftfahrzeugmotor ein neuer Vergaser eingebaut wird, der den Kraftstoffverbrauch erheblich senkt, so liegt hier zunächst ein technischer Fortschritt vor. Durch den geringeren Benzinverbrauch ergeben sich für den Käufer jedoch auch wirtschaftliche Vorteile in Gestalt niedrigerer Unterhaltungskosten. Schon dieses Beispiel zeigt, daß eine eindeutige Abgrenzung des wirtschaftlichen vom technischen Fortschritt nicht in allen Fällen möglich ist. Für die rechtliche Beurteilung ist diese Abgrenzung auch nicht entscheidend, da sowohl technischer als auch wirtschaftlicher Fortschrittsvergleich zulässige Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Werbung sind. Es kommt hier lediglich darauf an, daß der Werbende einen echten wirtschaftlichen Fortschritt darlegt, wobei dieser wirtschaftliche auch auf einem technischen Fortschritt beruhen kann. Letztlich wird zur Abgrenzung entscheidend sein, worauf der Werbende in dem konkreten Werbevergleich das Hauptgewicht gelegt hat, auf den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt.

(58) Vgl. § 5 Abs.1 Satz 1 GWB (Normen- und Typenkartelle) sowie § 5 a Abs.1 Satz 1 GWB (Spezialisierungskartelle).

(59) Vgl. Müller-Henneberg-Schwartz, § 5 GWB Anm.73.

(60) Dies bedauert Roeper, aaO., S.17, 18, der u.a. auf die großen Erfolge dieser Werbung in den USA hinweist. Auch Weinhold, aaO., S.33, meint, daß es gelte, den Verbraucher durch geeignete Werbemaßnahmen von den Vorteilen einer systematisch durchgeführten Typisierung der Konsumgüter zu überzeugen.

Vgl. auch Eckstein, aaO., S.22, der die betriebswirtschaftlichen Vorteile der Typenverringerung im einzelnen aufzählt.

d) Der wirtschaftliche Fortschritt muß ferner objektiv gegeben sein. Es genügt nicht, daß der Werbende von der Fortschrittlichkeit seiner Leistung überzeugt ist. Ein bezugnehmender Werbevergleich ist eine so tief in die Belange der Mitbewerber eingreifende Maßnahme, daß diese nicht von den subjektiven Erwägungen des Handelnden abhängig sein darf (61).

Das RG (62) hat in einigen Entscheidungen zum uneigentlichen Systemvergleich etwas mißverständlich formuliert, es könne einem Wettbewerber nicht verwehrt werden, den "nach seiner Meinung" gegenüber dem bisherigen Stand der Technik erreichten Fortschritt darzulegen. Hiermit war jedoch nicht gemeint, die Überzeugung des Werbenden von tatsächlich nicht vorhandenen Fortschritten solle genügen, sondern es wurde lediglich betont, daß die Merkmale des objektiv gegebenen Fortschritts, die nach der Meinung des Werbenden den Wert seiner Neuerung für die Abnehmer ausmachen, in der bezugnehmenden Werbung herausgestellt werden dürfen.

e) Eine technische Neuheit oder Erfindungshöhe im Sinne des Patent- und Musterrechts ist weder für einen technischen noch wirtschaftlichen Fortschritt in dem hier erörterten Sinne erforderlich (63). Dies zeigt schon die Rechtsprechung des BGH (63a), der auch bei geringfügigen technischen Neuerungen - wie z.B. im Fall der "Pffikus-Dose" - einen Fortschritt angenommen hat. Es kommt also nicht darauf an, ob der wirtschaftliche Fortschritt auf einer besonderen schöpferischen geistigen Leistung beruht, er muß sich nur gewerblich verwerten lassen und zu wirtschaftlichen Vorteilen für die Verbraucher führen.

f) Hieraus ergibt sich, daß auch das Auffinden eines neuen Weges zur Herstellung schon bekannter Waren einen wirtschaftlichen Fortschritt zur Folge haben kann. Dagegen ist eingewandt worden (64), ein neuer Weg, der nur zum bisher schon Erreichten führe, könne keine auswertbare wirtschaftliche

(61) Im Ergebnis ebenso H.Droste, GRUR 1951, 140 (143); Diedrich, aaO., S.71.

(62) Vgl. z.B. RG, MuW 1937, 382; GRUR 1940, 311.

(63) Vgl. Pinzger, ZAkDR 1937, 273 (275); Wenzel, NJW 1962, 81 (83); Gödde, aaO., S.39; a.A. Hoffmann, GRUR 1940, 129 (130).

(63a) Vgl. BGH, GRUR 1958, 343 (345); GRUR 1961, 85 (90).

(64) Diedrich, aaO., S.91, der vom Patentrecht her argumentiert und daher den Begriff des Fortschritts zu eng auslegt.

Verbesserung beinhalten und damit auch nicht die Beeinträchtigung der Interessen der Mitbewerber rechtfertigen. Daß diese Ansicht unrichtig ist, läßt sich schon anhand eines einfachen Beispiels nachweisen. Wenn ein Unternehmen der pharmazeutischen Industrie ein neues Medikament auf den Markt bringt, das sowohl in der Zusammensetzung als auch in der Wirkung mit einem älteren Mittel identisch ist, das jedoch auf Grund eines neuen chemischen Verfahrens zum halben Preis hergestellt werden kann, so liegt hierin eine Neuerung, die sich sehr wohl zum Nutzen der Verbraucher wirtschaftlich auswerten läßt (65). Auch in einem solchen Fall muß ein bezugnehmender Warenvergleich ausnahmsweise erlaubt sein, wenn sich der wirtschaftliche Fortschritt, der sich letztlich in dem niedrigeren Preis ausdrückt, nicht anders veranschaulichen läßt.

Ebenso wie die Einführung neuer Produktionsmethoden kann auch die Neuorganisation des Absatzes wirtschaftliche Fortschritte mit sich bringen. Aus der Fülle der absatzpolitischen Möglichkeiten (66) seien hier nur beispielhaft genannt:

1. Änderung der Absatzform, z.B. Übergang vom Verkauf durch selbständige Handelsvertreter zum Verkauf durch angestellte Reisende oder zum Direktverkauf an den Verbraucher.
2. Einführung eines neuen Vertriebssystems, z.B. Übergang von einem werkseigenen Vertriebssystem durch Verkaufsfilialen auf eine rechtliche und wirtschaftliche Ausgliederung des Vertriebs durch selbständige Verkaufsgesellschaften.

Alle diese Maßnahmen können - allein oder in Verbindung mit Rationalisierungsmaßnahmen (67) - erhebliche Kosteneinsparungen und damit auch

(65) Vgl. RGZ 143, 362, 366 (Bromural). Hier hat das RG den Preisvergleich zweier identischer Medikamente für unzulässig erklärt. Völp, WRP 1960, 197 (204) hat bei seinem Angriff gegen das Verbot der vergleichenden Werbung gerade dieses Urteil scharf kritisiert, da es schlagartig erhelle, was die Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung unterdrücke. Nach den hier erörterten Grundsätzen läßt sich der Bromuralfall mit Hilfe des wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs auch auf dem Boden der h.L. interessengerecht lösen, ohne das regelmäßige Verbot der vergleichenden Werbung aufzugeben.

(66) Vgl. hierzu im einzelnen Gutenberg, aaO., S.123 ff.

(67) Zur Rationalisierung im Bereich der Absatzwirtschaft und speziell im Handel vgl. Schäfer, ZfhF 1950, 1 ff.; Rasmussen, aaO., S.16 ff.

wirtschaftliche Vorteile für die Verbraucher bewirken, die, wenn keine andere Möglichkeit besteht, in einer bezugnehmenden Werbung dargelegt werden können.

g) Bei der Prüfung der Frage, ob im konkreten Fall ein wirtschaftlicher Fortschritt vorliegt, muß berücksichtigt werden, daß ein Fortschritt oft auch mit Nachteilen verbunden ist. Die mit einem Fortschritt erreichten Vor- und Nachteile sind gegeneinander abzuwägen, wobei letztlich die Vorteile überwiegen müssen. So müssen die beim Rationalisierungskartell "Eiserne Fässer und Gefäße" entstehenden Vorteile wie Senkung der Stückkosten, Gewährung einer Rationalisierungsprämie den Nachteilen wie etwa Einschränkung der Produktdifferenzierung sowie Erhebung von Nichtnormungs- und Mindermengenzuschlägen gegenübergestellt werden (68). Letztlich muß der durch die Rationalisierung erzielte wirtschaftliche Fortschritt dem Abnehmer, z.B. in Form von billigeren Preisen oder verbesserter Qualität, zugutekommen (69); denn der wirtschaftliche Fortschrittsvergleich ist gerade durch das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit gerechtfertigt.

h) Eine Produktdifferenzierung oder modische und geschmackliche Verbesserungen einer Ware können jedoch allein keinen wirtschaftlichen Fortschritt begründen.

2. Eine vergleichende Werbemaßnahme, die zur Verdeutlichung eines wirtschaftlichen Fortschritts erkennbar auf die Ware oder Leistung eines Mitbewerbers Bezug nimmt, ist nur zulässig, wenn die Bezugnahme "werbemäßig notwendig" ist (70). Das Erfordernis der werbemäßigen Notwendigkeit verdeutlicht den Ausnahmecharakter des wirtschaftlichen Fortschrittsvergleichs, denn in der Regel wird sich ein wirtschaftlicher Fortschritt auch ohne Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber in der Werbung darstellen lassen. Der Werbende muß also zunächst die Werbemöglichkeiten ausschöpfen, die die Interessen der Mitbewerber weniger beeinträchtigen als ein bezugnehmender Vergleich. Wenn z.B. die Möglichkeit eines Systemvergleichs besteht, um einen wirtschaftlichen Fortschritt zu veranschaulichen, ist dieser Weg zu beschreiten.

(68) Vgl. zu den betriebswirtschaftlichen Problemen im einzelnen Eckstein, aaO., S. 69 ff.

(69) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 5 GWB Anm. 12.

(70) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 53.

a) Nur wenn es dem Werbenden nicht möglich ist, die wirtschaftlichen Vorteile seiner Leistung auf andere Weise werbewirksam zu verdeutlichen, ist ein bezugnehmender Vergleich erlaubt (71). Andererseits dürfen die Anforderungen an die Notwendigkeit der Bezugnahme nicht überspannt werden (72). Es ist darauf abzustellen, ob es dem Werbenden zumutbar ist, den Fortschritt ohne die Bezugnahme auf weniger bedenkliche Weise in der Werbung zu veranschaulichen.

b) Während die direkte Bezugnahme durch namentliche Bezeichnung des Mitbewerbers nur in seltenen Ausnahmefällen notwendig sein wird (73), ist bei einer indirekten Bezugnahme eine Notwendigkeit eher anzuerkennen. Wenn z.B. die Rationalisierungsgemeinschaft "Eiserne Fässer und Gefäße" mit den von ihr erzielten Rationalisierungserfolgen wirbt, sind infolge der Marktverhältnisse - die Gemeinschaft verfügt über einen Marktanteil von etwa 95% - die wenigen außenstehenden Mitbewerber erkennbar betroffen. Die Notwendigkeit dieser - indirekten - Bezugnahme ist zu bejahen, da ohne sie eine werbewirksame Darstellung des wirtschaftlichen Fortschritts nicht möglich ist. Es ist also in allen Fällen, in denen die Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber aus den objektiven Begleitumständen der Werbung folgt, die Notwendigkeit der Bezugnahme anzuerkennen, wenn der Werbende keine andere Möglichkeit hat, den wirtschaftlichen Fortschritt werbewirksam zu veranschaulichen.

3. Der wirtschaftliche Fortschrittsvergleich ist schließlich nur dann zulässig, wenn er sich in den Grenzen der Wahrheit und Sachlichkeit hält. Unwahre und herabsetzende Behauptungen über die Leistungen der Mitbewerber sind in keinem Fall erlaubt.

(71) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm.53; D.Reimer, aaO., S.144.

(72) Vgl. BGH, GRUR 1961, 85 (91).

(73) So z.B. in BGH, GRUR 1958, 343, 345 (Bohnergerät).

V. ZUSAMMENFASSUNG

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzuhalten:

Ein Werbevergleich, der der Verdeutlichung eines wirtschaftlichen Fortschritts dient, ist eine nach § 1 UWG zulässige Wettbewerbsmaßnahme, auch wenn erkennbar auf die Waren oder Leistungen bestimmter Mitbewerber hingewiesen wird. Der wirtschaftliche Fortschrittsvergleich ist eine Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung. Seine Zulässigkeit hängt von folgenden Voraussetzungen ab:

1. Es muß objektiv ein wirtschaftlicher Fortschritt vorliegen.
2. Die erkennbare Bezugnahme auf die Mitbewerber muß werbemäßig notwendig sein.
3. Der Vergleich darf nur wahre und sachliche Angaben enthalten.

LEBENS LAUF

Am 16. April 1941 wurde ich in Elbing/Ostpr. als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Karl Werner Mletzko und seiner Ehefrau Dorothea, geb. Harwardt, geboren. Nach der Flucht aus Ostpreußen im Jahre 1945 besuchte ich in Benefeld bei Walsrode von 1947 bis 1951 die Volksschule. Meine Schulzeit beendete ich in Mainz, wo ich von 1951 bis 1960 das Gutenberg-Gymnasium besuchte, an dem ich am 18. Februar 1960 die Reifeprüfung bestand.

Von 1960 bis 1965 studierte ich insgesamt 10 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin und Mainz. Am 22. Juni 1965 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Ministerium der Justiz in Mainz die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit August 1965 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz. Im Jahre 1966 habe ich sechs Monate die Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten am Lehrstuhl für Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität verwaltet.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 15. Februar 1968 statt.

